Schadensersatzansprüche und Unterlassungsanspruch bei ehewidrigem Verhalten.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinz Neubert

aus Berlin-Hessenwinkel.

Approbiert am 26. 4. 1937

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

1938/8

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Vorbemerkung.

A. Die Schadensersatzansprüche.

Erster Teil.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Ehegatten . 1

I. Die möglichen Haftungsgründe 1

II. Familienrechtliche Haftungsgrundlagen? . . . 1

1. Die Heranziehung des § 1353 BGB als Haftungsgrundlage 1

2. Der Lösungsversuch über die §§ 1359, 276 BGB (Magis) 4

a) Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft als Rechtspflicht und deren Inhalt . . 5

b) Die Unanwendbarkeit des § 276 BGB auf die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft 16

III. Allgemeine Grundlagen des Schadensersatzanspruches 17

1. Begründung des Anspruches aus § 823 Abs. 1 BGB 18

a) Der Streit um die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB 18

b) Das Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als absolut oder relativ wirkendes Recht 20

2. Ableitung des Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz 25

a) Die in Betracht kommenden Schutzgesetze §§ 1565 ff. BGB, 172, 185 ff. StGB . . . 25

b) Einwände gegen die Heranziehung dieser Gesetze als Schutznormen 26

1. Gegen §§ 1565 ff. 26

2. Gegen § 172 StGB 26

3. Gegen § 185 StGB 28

3. Rechtfertigung des Schadensersatzanspruches aus § 826 BGB 29

4. Umfang der Schadenshaftung 31

Zweiter Teil.

Seite

Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten . . 34

I. Der Schadensersatzanspruch bei fehlendem Einverständnis des am Ehebruch oder ehewidrigen Verhaltens beteiligten Ehegatten . . . . . .

1. Die Herleitung des Anspruches aus den §§ 823 Abs. 1 u. 2 BGB 34

2. § 826 BGB als Haftungsgrundlage . . . 35

II. Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten bei vorliegendem Einverständnis des beteiligten Ehegatten 35

1. § 823 Abs. 1 als Haftungsgrundlage . . . 35

2. § 823 Abs. 2 als Haftungsgrundlage . . . 35

3. § 826 BGB als Haftungsgrundlage . . . 36

4. Einwendungen gegen die Haftung des Dritten . 37

B. Die Ansprüche auf Unterlassung.

Erster Teil.

Der Unterlassungsanspruch gegen den Ehegatten . 39

I. Die möglichen rechtlichen Haftungsgrundlagen des Unterlassungsanspruches 39

II. Der Unterlassungsanspruch als Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens 41

III. Sein Verhältnis zu den allgemeinen Unterlassungsansprüchen 43

IV. Der Unterlassungsanspruch wegen Namensmißbrauch 46

Zweiter Teil.

Der Unterlassungsanspruch gegen den Dritten . . 47

1. Der Unterlassungsanspruch wegen Ehebruches

a) als abwehrender Anspruch aus absolutem Recht 47

b) als Anspruch auf Wiederherstellung . . . 48

c) Die vorbeugende Unterlassungsklage . . . 48

d) Die Klage gegen den Dritten auf Unterlassung sonstigen ehewidrigen Verhaltens . . . 50

2. Der Anspruch auf Unterlassung des Namensmißbrauches 53

Schlußbetrachtung 53

Literaturverzeichnis.

Auert, Hermann, Die Eheauflösung im neuen deutschen Recht.
Baumbach, A., Zivilprozeßordnung 1933.
Biermann, H., Bürgerliches Recht, Berlin 1908.
Brand, Preußische Dienststrafordnung.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Jena 1927.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1908.
Dahm, in Zeitschr. für die ges. Staatsrechtswissenschaft Bd. 95.
Dernburg, Deutsches Familienrecht 1908.
Detmold, Der Begriff des Schulgesetzes im § 823 des BGB, Festgabe für Regelsberger.
Düringer-Hachenburg, Handelsrecht, Berlin 1930.
Eckhardt, in Deutsche Rechtswissensch. 1936, Heft 1—4, Aufs.: Recht und Pflicht.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes Bd. 1 1903, Bd. 2 1908.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1926/27.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1932.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zvilsachen (RGZ).
Fauser, Archiv für öffentliches Recht NF 26, Seite 129 ff.
Frank, in NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München: Eher 1935 (NS-Handbuch).
Freisler, Das neue Strafrecht, Grundgedanken zum Geleit 1935.
Gierke, O., Deutsches Privatrecht.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bln. 1933.
Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, Berlin 1932.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts.
Henkel, in Zeitschr. für die ges. Staatsrechtswissensch. Bd. 95, S. 341 ff.
Horchler, Vermögensschädigung aus Ehebruch, Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, 5. Jahrg. Nr. 22 S. 431.
Höchstrichterliche Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
Iherings-Jahrbuch für die Dogmen des bürgerlichen Rechts.
Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft, Halle 1912.
Juristische Wochenschrift vom Deutschen Anwaltsverein (JW).
Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1906.

Krückmann, Institutionen des BGB, Leipzig 1912.
Lehmann, Familienrecht des BGB, Berlin 1926.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und der Zivilprozeßordnung.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929.
Lesser, in Archiv für öffentliches Recht Bd. 36 S. 115 ff.
Litten, Wahlschuld.
Lorenz, Das kommende Strafrecht 1936.
Magis, Schadensersatz und Unterlassungsanspruch bei Verletzung der ehelichen Treue, Bonn 1935.
Marchthaler, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, Stuttg. 1932.
Mayer, in „Recht" S. 433 ff.
Mitteis, Reichsgerichtspraxis III.
Mössner, in JW 1936.
Naviaski, Forderungs und Gewaltverhältnis, ein Beitr. zum Allgem. Teil des privaten und öffentlichen Rechts, Festschrift für Zitelmann, 1913.
Neustadt, Das Eherecht, 1907.
NS-Frauenwarte, Jahrg. 1935/6.
Oertmann, Kommentar zum BGB, Berlin 1929.
Opet-Blume, Das Familienrecht des BGB 1906.
Planck, Kommentar zum BGB Bd. 2 1925, Bd. 4 1928.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Regelsberger, Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893.
Rosenthal, Die Unterlassungsklage, Leipzig 1916.
Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Schaffstein, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1934.
— Das subjektive Recht im Strafrecht in: Deutsche Rechtsw. 1936, Heft 1.
Schmidt, Familienrecht, München 1907.
Schulze-Simons, die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofes, Berlin 1926—32.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SeuffA).
Siebert, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1936, Heft 1, Seite 1 ff.
— in: NS-Handbuch S. 958 ff.
Siegert, in: Deutsche Juristenzeitung 1936, S. 476 ff.
Simeon-David, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1929.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 1926, 1929 u. 1930.
Steffent, Schadenersatzansprüche aus Ehebruch, Erlangen 1913.
Strupp, Schadensersatzansprüche wegen Ehebruches, Eheverlassung und in ähnlichen Fällen, 1910.
v. Tuhr, Das deutsche bürgerliche Recht, allgem. Teil 1914.

Warneyer, Kommentar zum BGB, Tübingen 1930.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, in Archiv für öffentliches Recht, Band 26, S. 54 ff.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechtes, Düsseldorf 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes.
Wolff, Familienrecht, Marburg 1928.
Zeiler, Vermögensrechtliche Ansprüche aus Ehebruch, Recht 1908, Spalte 414—416.
Zitelmann, Das Recht des BGB, Allgem. Teil, Leipzig 1900.

Vorbemerkung.

In stärkerem Maße als auf anderen Rechtsgebieten hat sich das deutsche Rechtsdenken gegenüber dem römischen Recht im Eherecht behauptet. Dementsprechend wird der Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht in eine straffe Formel eingezwängt, sondern in § 1353 BGB als eine sittliche Beziehung angesehen, die allerdings zur Rechtsbeziehung erhoben wird, weil das Gesetz von jedem Ehegatten ein ehegemäßes Verhalten verlangt. Aber der Inhalt der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich aus der deutschen Sittenordnung und ist so nicht unabänderlich, sondern der lebendigen Fortentwicklung der Sittenanschauungen unterworfen. Liberalistische Einflüsse führten dazu, daß die Ehe als eine familienrechtliche Beziehung zweier Personen betrachtet wurde, die grundsätzlich nur diese beiden etwas anging. Diese individualistische Betrachtungsweise hatte zwangsläufig zur Folge, daß man die eheliche Lebensgemeinschaft nicht als eine Pflichtgemeinschaft betrachtete, sondern sie dem Dogma des subjektiven Rechtes unterordnete. Dadurch erfolgte eine Auflösung der lebendigen Einheit in einzelne subjektive Rechte jedes Ehegatten, denen korrespondierend entsprechende Pflichten des anderen Ehegatten gegenüberstanden. So wurde jede Pflichtverletzung eines Ehegatten als Verletzung des dem anderen Gatten zustehenden Rechtes aufgefaßt. Da aber nach individualistischer Betrachtungsweise eine Rechtsverletzung regelmäßig zum Schadensersatz — gegebenenfalls auch zu Unterlassungsansprüchen führen kann, konnte es nicht ausbleiben, daß die Frage nach der Möglichkeit von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen auch im Gebiete des persönlichen Eherechtes aufgeworfen wurde. Die Zahl der zu diesem Fragenkreis ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen ist verhältnismäßig klein, aber auch in der Rechtslehre sind eingehende Darstellungen nur von einigen Schriftstellern erfolgt, die allerdings Anspruch auf Beachtung verlangen.

Nun besteht aber ein grundlegender Unterschied zwischen dieser Arbeit und denen, die früher diese Frage behandelt haben. Bisher war das individualistisch-liberalistische Rechtsdenken der Ausgangspunkt all dieser Betrachtungen. Das „Individuum" stand im Mittelpunkt.

Der Grundgedanke auf dem diese Arbeit aufbaut, ist die nationalsozialistische Weltanschauung und das nationalsozialistische Rechtsdenken. Nicht die Einzelperson ist der Drehpunkt allen Geschehens, sondern die Gemeinschaft. Eine Gemeinschaft ist sowohl das ganze Volk als auch dessen kleinste Zelle, die Familie. Begeht ein Ehegatte eine Pflichtwidrigkeit gegen den anderen, so wird durch seine Tat nicht nur der Ehepartner verletzt, sondern die ganze Gemeinschaft.

Die herrschende Sittenauffassung sieht in der Ehe ein vorwiegend sittliches Institut, das nach der ganzen Einstellung des Nationalsozialismus eines starken Schutzes bedarf. Dieser gewährte Schutz erstreckt sich aber nicht nur auf begangene Pflichtwidrigkeiten, sondern er will und muß auch vorbeugend eingreifen können. Aus diesen Gründen befaßt sich die vorliegende Arbeit nicht nur mit Schadensersatzansprüchen, sondern auch mit dem Problem der Unterlassungsklage bei ehewidrigem Verhalten als vorbeugendes Mittel gegen weitere Eingriffe Dritter in die Gemeinschaft der Ehe.

In der Bearbeitung selbst lassen sich nach heutigem geltenden Recht zwei Möglichkeiten zur rechtlichen Begründung von Schadensersatzansprüchen aus ehewidrigem Verhalten herleiten, die eine liegt im Familienrecht als Spezialregelung und die zweite in den Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen. Diese Möglichkeiten werden im ersten Teil der Arbeit behandelt, und es wird mit den Spezialbestimmungen des Familienrechtes begonnen. Der andere Abschnitt der Arbeit wendet sich der Unterlassungsklage zu, die als vorbeugendes Mittel zur Aufrechterhaltung der Ehe in der Hand des ehetreuen Teiles betrachtet und unter besonderer Beachtung der neuesten Rechtsprechung des RG (RGZ 151, 159) auf ihre Zulässigkeit untersucht wird.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0163

A. Die Schadensersatzansprüche.

Erster Teil.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Ehegatten.

I. Die möglichen Haftungsgründe:

Zur rechtlichen Begründung des Schadensersatzanspruches wegen Verletzung der aus der ehelichen Gemeinschaft entspringenden Pflichten müssen zunächst familienrechtliche Bestimmungen herangezogen werden. In Betracht kommen in erster Linie die allgemeinen Regeln des Eherechtes der §§ 1353 ff. BGB. Neben diesen Vorschriften sind die Bestimmungen des Delikt-Rechtes des BGB, speziell die §§ 823, Abs. 1 u. 2 und 826 BGB. zu beachten.

II. Familienrechtliche Haftungsgrundlagen?

1. Die Heranziehung des § 1353 BGB. als Haftungsgrundlage.

Nachdem die Haftungsgrundlagen umrissen sind, bedarf es zuerst der Prüfung, ob die im allgemeinen Eherecht enthaltene, die Schadensersatzpflicht betreffende Vorschrift des § 1359 BGB. eine Haftungsgrundlage darstellt. „Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen", bestimmt der gesetzliche Wortlaut.

Der Gesetzgeber hat offengelassen, ob der § 1359 BGB. eine Haftungsbeschränkung enthält, (bejaht man dies, so ist eine anderweitige Regelung der Haftungsgrundlage notwendig) oder ob diese Vorschrift selbst eine Haftungsgrundlage darstellt. Die Rechtsprechung des RG. nimmt zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung. Ja, die Entscheidungen des höchsten Gerichtes, die sich mit den Schadensersatzansprüchen dieses Fragenkomplexes befassen, erwähnen den § 1359 BGB. als Grundlage eines Schadensersatzes gar nicht[1]).

---

1) vergl. R.G.Z. 72, 128, SeuffA 61, 65 WarnRspr. 1917 Nr. 118; HRR. 1929 Nr. 96.

Aus dieser Sachlage kann man wohl den Rückschluß ziehen, daß das RG. den § 1359 BGB. nicht auf die gleiche Ebene stellt, wie etwa den § 276 BGB. Bei letzterem hat es in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß sich die Verpflichtung zur Haftung unmittelbar aus § 276 BGB. ergebe[2]).

Gegen die Annahme, der § 1359 BGB. enthalte eine Haftungsgrundlage, spricht schon der Wortlaut der Bestimmung. Das unscheinbare Wort „nur" plädiert für eine Haftungsbeschränkung der genannten Vorschrift[3]).

Die gegenteilige Meinung vertritt Strupp[4]), der dem § 1359 BGB. eine haftungsbegründende Wirkung zuschreiben will. Zur Befestigung seiner Ansicht zieht er die Terminologie des BGB., die Entstehungsgeschichte des § 1359 BGB. und seinen Zweck heran.

Strupp versucht zunächst zu beweisen, daß man unter dem Begriff des „Einstehens" so viel zu verstehen habe, wie: zum Schadensersatz verpflichtet sein. Die von ihm gezogene Parallele zu § 708 BGB. ist nicht zwingend[5]); denn nach § 708 BGB., der fast den gleichen Wortlaut hat wie § 1359 BGB., bedeutet „Einstehen" entgegen der Ansicht Strupps, nicht die Feststellung einer Schadensersatzpflicht, sondern nur eine Haftungsbeschränkung. Strupp ist es entgangen, daß in den konkreten Fällen des § 708 BGB. erst der Umweg über § 276 BGB. nötig ist, um zu einer Schadensersatzpflicht zu gelangen. Diese Ansicht, § 708 BGB. enthalte eine Haftungsbeschränkung gegenüber der sonstigen regelmäßigen Haftpflicht aus § 276 BGB., wird auch von den Kommentaren vertreten[6]).

Der andere Hinweis Strupps, daß nach § 347 HGB. „Einstehen" im Zweifelsfalle die Verpflichtung zum Schadensersatz bedeute, ist nicht so leicht abzutun. In der Rechtslehre ist tatsächlich die Meinung herrschend, daß man das „Einstehen" des § 347 HGB. dem „Vertretenmüssen" des § 276 BGB. gleichzusetzen habe[7]). Hiernach k a n n eine Schadensersatzpflicht eintreten, sie muß aber nicht stets als Folge auftreten[8]). Aber der § 347 HGB. kann als Argument für die Auslegung des § 1359 BGB. nicht herangezogen werden, weil er nach seinem Wortlaut keinesfalls eine die Haftung beschränkende Vorschrift sein kann, sondern eine allgemeine die Haftung

2) R.G.Z. 106, 25; 52, 19; 53, 201; 66, 291 HRR. 34, 1103.
3) vergl. Mages, a. a. O. S. 37.
4) Strupp, a. a. O. S. 6.
5) Strupp a. a. O. S. 5 ff.
6) Staudinger, zu § 708, Planck zu § 708, Anm., Oertmann zu § 708.
7) Düringer-Hachenburg, § 347, II.
8) Düringer-Hachenburg, a. a. O.

des Kaufmanns behandelnde Vorschrift darstellt. Für den Nachweis, daß § 1359 BGB. einen Haftungsgrund abgebe, ist aber die Feststellung erforderlich, daß gerade in den Fällen, in denen nur für die diligentia quam suis einzustehen ist, in denen also primär alles für eine bloße Haftungsbeschränkung spricht, der Gebrauch des Wortes „Einstehen" dieselbe Bedeutung hat, wie: zum Schadensersatz verpflichtet sein. Durch den Gebrauch des gleichen Wortes in einer allgemeinen Vorschrift läßt sich aber der Beweis nicht erbringen. Somit versagt die Terminologie des Gesetzes für den Nachweis, daß § 1359 BGB. eine Haftungsgrundlage darstelle.

Das gleiche Schicksal erfährt die Verweisung auf die Entstehungsgeschichte, die Strupp vornimmt[9]). Zwar nicht aus dem von Magis hervorgehobenen Grund[10]), daß es sich dabei um eine logisch nach dem Beweisthema liegende Frage handele; denn Strupp wollte nachweisen, daß trotz der erfolgten Erweiterung des Rechtskreises gegenüber dem allgemeinen Recht, der § 1359 BGB. die Schadensersatzpflicht konstitutiere. Die Darlegungen Strupps sind insoweit richtig, als der § 1359 BGB. nicht nur das eheliche Güterrecht und sonstige vermögensrechtliche Beziehungen treffen solle, sondern alle sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen. Wenn er hieraus aber den Schluß zieht, daß § 1359 BGB. die Schadensersatzpflicht bei jeder Pflichtverletzung begründe, weil es sich in dieser Vorschrift nur um die Erweiterung des gemeinrechtlichen Gedankens handele, daß die ordnungswidrige Verwaltung des Frauengutes den Ehemann schadensersatzpflichtig mache, so ist diese Folgerung nicht zwingend. Es ist nicht erwiesen, daß im § 1359 BGB. gemeinrechtliche Gedanken ihren Niederschlag gefunden haben; denn es lagen bereits landesrechtliche Regelungen vor[11]). Andererseits gehen die Gesetzesmaterialien nicht davon aus, daß mit dem § 1359 BGB. eine bisher fehlende Haftungsgrundlage geschaffen werden sollte. Sie heben im Gegenteil hervor, daß in § 1279, dem jetzigen § 1359 BGB., eine Haftungsbeschränkung ausgesprochen werden sollte.

So bleibt nur noch die letzte Begründung Strupps zu prüfen, welchen Zweck denn § 1359 BGB. haben solle, wenn er nicht die Schadensersatzpflicht begründen helfe. Für ihn kann die Hervorhebung, der Ehegatte hafte nur für die diligentia quam suis, keinen anderen Sinn haben, wenn der Gegensatz der culpa in concreto und in abstracto nicht ohne rechtliche Folgen bleiben solle[12]). Auch dies ist kein Beweisgrund. Strupp hat sich bei der Untersuchung

9) Strupp, a. a. O. S. 8—9.
10) Magis, a. a. O. S. 36.
11) Z. B. § 1655, Sächs. BGB.
12) Strupp, a. a. O. S. 7.

der Bedeutung des § 1359 BGB. zu einseitig mit dem Familienrecht befaßt, und völlig vergessen, daß das BGB. auch an anderen Stellen, etwa im Schuldrecht, Haftungsgrundlagen bieten kann. Ist das der Fall, so erscheint § 1359 BGB. zwanglos als eine die Haftung einschränkende Vorschrift. Mithin kann bei einer dogmatischen Untersuchung der § 1359 BGB. als eine die Haftung begründende Vorschrift erst in Betracht kommen, wenn andere haftungsbegründende Vorschriften nicht bestehen. Denn die Umwandlung einer haftungsbeschränkenden in eine die Haftung begründende Vorschrift kann nur eine Notlösung sein; sie sollte erst in Erwägung gezogen werden, wenn alle weiteren gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten zu keinem Resultat geführt haben, und der Beweis erbracht ist, daß das Gesetz einen Fehler enthält. Gegen diese Annahme spricht aber die übrige so äußerst sorgfältige Gesetzgebung des BGB. Der Fehler ist also eher bei der Auslegung des Gesetzes zu suchen[13]).

Strupp selbst führt anderweite Haftungsgrundlagen in dem § 823 Abs. 1 u. 2 BGB. und § 826 BGB. an. Dies hätte ihn an sich zu der Lösung bringen müssen, daß der § 1359 BGB. eine die aus den §§ 823 ff. BGB. etwa entspringenden Ansprüche einschränkende Bestimmung sei[14]).

Ist der haftungsbeschränkende Charakter des § 1359 BGB. der Ausgangspunkt unserer Betrachtung, so fragt man sich nun, welche sonstigen Haftungsgrundlagen vorhanden sind, auf die § 1359 BGB. Bezug nimmt.

2. Der Lösungsversuch über die §§ 1359, 276 BGB. (Magis).

Nach Magis[15]) kann die allgemeine Vorschrift, auf die der § 1359 BGB. verweist, nur § 276 BGB. sein. Diese Lösung lag nahe, da § 276 BGB. nach ständiger Rechtsprechung des RG. als haftungsbegründende Vorschrift zu gelten hat[16]). Die Rechtslehre hat gegen diese Rechtsprechung Einspruch erhoben, der aber als gegenstandslos bezeichnet werden kann, nachdem die ständige Rechtsprechung des RG. den § 276 BGB. zu einer Norm gestempelt hat, die die Verpflichtung zum Schadensersatz enthält[17]). Nachdem die haftungsbegründende Norm gefunden ist, geht Magis folgerichtig zu der weiteren Prüfung über, ob die Einschränkung der Haftung aus

13) Magis, a. a. O. S. 36.

14) vergl Staudinger, zu § 1359 BGB.

15) Magis, a. a. O. S. 37.

16) R.G.Z. 52, 19; 53, 201; 62, 120; 66, 291; 106, 25.

17) Dagegen Oertmann, Komm. § 276, 4; Zitelmann, Festschr. f. Krüger, S. 265 ff.; zustimmend Krückmann, Iherings-Jahrb. 59, 352/3.

§ 276 BGB. durch den § 1359 BGB. für alle Pflichten zu gelten habe, die aus dem ehelichen Verhältnis entspringen. Die Entstehungsgeschichte spricht für eine Geltung des § 1359 BGB. hinsichtlich aller aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Pflichten[18]). Gleichfalls auch der klare Wortlaut des § 1359 BGB. Diese Ansicht wird auch von der Rechtslehre geteilt[19]). Das von Magis gefundene Ergebnis, jede Pflichtverletzung eines Ehegatten, verpflichte ihn gemäß §§ 276, 1359 BGB. zum Schadensersatz, kann aber in seiner allgemeinen Haltung keinen Beifall finden.

Magis selbst hat offenbar empfunden, daß seine Lösung trotz ihrer anscheinenden Klarheit Bedenken unterliegen kann. Denn er hat etwa auftauchende Bedenken zu zerstreuen versucht. Wenn er darauf hinweist[20]), daß in der Literatur ein Widerspruch bestehe, weil sie einerseits betone, daß der § 1359 BGB. für alle ehelichen Rechte Geltung haben solle, andererseits aber den § 1359 BGB. nur bei bestimmten Rechten aus der Ehe, z. B. bei § 1357, § 1360 ff. BGB., Güterrecht, zur Anwendung bringe, ohne zu erklären, wo die Haftungsgrundlage sei, so rechtfertigt das seine Ansicht der unumschränkten Geltung des § 276 BGB. in Verbindung mit § 1359 BGB. im Bereich des persönlichen Eherechtes nicht. Dieser, für ihn so auffällige Widerspruch in der Rechtslehre hätte ihn zu einer besonders eingehenden Prüfung nötigen müssen, ob jede Verletzung einer ehelichen Pflicht eine Schadensersatzpflicht aus § 276 BGB. in Verbindung mit § 1359 BGB. auslöst.

a) Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft als Rechtspflicht und deren Inhalt.

a) Die von Magis im Anschluß an die Entscheidung des RG. vom 5. 6. 05[21]) durchgeführte Untersuchung ist in der vorgenommenen Art und Weise unbefriedigend. Magis hat aber richtig erkannt, daß diese Entscheidung das Prinzip der allgemeinen Geltung des § 1359 BGB. durchbricht und damit eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 276 BGB. angreift.

Die eben genannte, noch heute als grundlegend anerkannte Entscheidung hatte sich mit folgendem Fall zu befassen:

Gegenüber der Klage der geschiedenen Ehefrau auf Herausgabe der Mitgift brachte der beklagte Ehemann eine Schadensersatzforderung zur Aufrechnung, weil die Klägerin ihn unter Zurücklassung des neun Monate alten Kindes böswillig verlassen hatte, ferner

18) Vergl. Magis. a. a. O. S. 58.
19) R.G.R.K. § 1359, 1.
20) Magis a. a. O. S. 39.
21) J.W. 05, 431, 10 Seuff.A. 60 Nr. 38 S. 65.

wegen einiger anderer, hier nicht weiter interessierende Verfehlungen der Frau.

Das BG. hatte die Möglichkeit der Aufrechnung verneint. Das RG. schloß sich dieser Entscheidung an. In der Begründung führte es aus: Es sei zwar richtig, daß die Frau, die sich entgegen den Vorschriften des § 1353, Abs. 1 BGB. und § 1356 BGB. der Leitung des Haushaltes, der Mitarbeit im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes entziehe, ihre ehelichen Pflichten verletzt habe. „Aber die Grundlosigkeit solcher Pflichtverletzung ist für sich nicht ausreichend eine Schadensersatzpflicht nach sich zu ziehen. Die aus dem ehelichen Verhältnis entspringende Verpflichtung zum Zusammenleben und zur Beistandsleistung sind wesentlich sittlicher Natur. Werden sie nicht erfüllt, so kann der verletzte Teil von ... der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens Gebrauch machen, oder aber als ultima ratio die Scheidung betreiben. Im weiteren führt das RG. aus, daß, wenn auch die in Rede stehenden Pflichten einer wesentlich sittlichen Grundlage entspringen, dieser Umstand doch nicht hindere, die Verantwortlichkeit des verletzenden Teiles für sein Tun oder Unterlassen aus anderen Gesetzesvorschriften, z. B. aus der Vorschrift des § 826 BGB., wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, herzuleiten."

Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt in der Ausführung, daß die Pflichten, die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringen, wesentlich sittlicher Natur sind. Gerade dieser Satz ist im Zusammenhang mit den folgenden Sätzen oft mißverstanden worden.

Dieser Vorwurf ist auch Strupp zu machen. Bereits die Wiedergabe des Urteils durch Strupp läßt den Irrtum erkennen, in dem der Verfasser sich befunden hat. Er schreibt: „Bei Verletzung der aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Verpflichtungen ständen dem verletzten Teil als Rechtsbehelfe die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens und als ultima ratio die Scheidungsklage zu; dagegen widerstreite das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen sonstigen Rechtsstreit dem Charakter der Ehe als eines vorwiegend sittlichen Institutes; nur soweit eheliche Verfehlungen in Frage stünden, die sich gleichzeitig als unerlaubte Handlung darstellen, dürften auch die Ehegatten desjenigen Schutzes nicht entbehren, der jedem anderen auf Grund des Gesetzes zuteil werde"[22]).

In dieser Lesart der Entscheidungsgründe müßte dem RG. allerdings der Vorwurf gemacht werden, daß es sich gerade beim Hauptargument offen widerspricht. Denn nach Strupp hatte das RG. auf der einen Seite das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des ehelichen Lebens in einen gewöhnlichen Rechtsstreit verworfen, um

22) Strupp, a. a. O. S. 13/14.

mit den folgenden Sätzen zu dem abgelehnten Ergebnis, durch Zulassung des Klagegrundes der unerlaubten Handlungen zu gelangen.

Äußerst unklar bleibt auch, warum gerade das Hineinziehen der inneren Eheverhältnisse in einen Prozeß auf Grund des § 1359 BGB., in Widerspruch zum sittlichen Wesen der Ehe stehen sollte?

Diese Achillesferse seiner Beweisführung hat Strupp wohl selbst erkannt, glaubt aber, auf eine Inkonsequenz des RG. gestoßen zu sein, während er selbst der Vater dieses Fehlers ist. Das RG. hat nicht ausgesprochen, daß das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des ehelichen Lebens dem sittlichen Charakter der Ehe widerspräche. Es hat nur festgestellt, daß die Verpflichtungen aus der Ehe wesentlich sittlicher Natur seien. Einen Rückschluß auf die prozessuale Durchsetzung hat es gar nicht in Erwägung gezogen.

Über das Ziel hinaus gehen die Ausführungen von Steffent, der behauptet, der von Strupp gezeigte Fehler sei tatsächlich gar kein Fehler, weil „eine Verfehlung, die sich unter § 823 ff. BGB. bringen läßt, regelmäßig eine schwerere Pflichtverletzung sei, als ... unter § 1359 BGB. fallen würde"[23]).

Sein Hauptfehler liegt darin, daß er Strupps Darlegungen unbesehen übernimmt, um das RG. in einer Urteilsbegründung zu unterstützen, die nicht die des RG., sondern die von Strupp mißverstandene Begründung ist.

Der Dritte, der das RG. mißverstanden hat, ist Zeiler. Nach seinem Dafürhalten ist die Ansicht des Gerichtes mit der allgemeinen Auffassung vom Wesen der Ehe als einem sittlichen Institute unverträglich[24]).

Das RG. hat besonders darauf hingewiesen, daß eine Schadensersatzklage aus anderen Gesetzesvorschriften neben denen des Eherechtes, insbesondere aus unerlaubter Handlung, in Betracht käme. Nach Zeiler's Darstellung der Entscheidungsgründe verneint das RG. geradezu eine weitere Haftungsmöglichkeit als die des Eherechtes.

Diese Unrichtigkeit in der Beurteilung der genannten Entscheidung mußte für Zeiler unerwünschte Folgen zeitigen. Er lehnt eine Prüfung des § 823, Abs. 1 und 2 BGB. als Haftungsgrundlage überhaupt ab. Damit setzte er sich aber völlig ins Unrecht, da das RG. gerade die Hineinbeziehung der Vorschriften über die unerlaubte Handlung in den Kreis der Untersuchung gebilligt hat.

Die Prüfung des § 826 BGB. wird aber von Zeiler überraschenderweise als „natürlich" gebilligt. Damit ist seine Entscheidung zwar äußerlich der des RG. konform. Es ist aber bei seiner oben geführten Formulierung nicht einzusehen, weshalb die Stützung eines

23) Steffent, a. a. O. S. 11.

24) Zeiler, a. a. O. Sp. 414/15.

Schadensersatzanspruches auf § 826 BGB. dem „Wesen der Ehe als eines sittlichen Institutes" nicht ebenso widerstrebt, wie bei § 823 BGB.

So wird weder Strupp noch Steffent, wie auch Zeiler dem RG. gerecht, da sie alle drei die Grundlage der Entscheidung verkennen.

Den richtigen Gedankengang hat dagegen Magis aufgezeigt, wenn er sagt[25]): „Den Darlegungen der genannten Verfasser gegenüber ist man „gezwungen, die Absicht der Urteilsfasser erst einmal klarzulegen, ... der beste Weg hierzu, der Weg über den Wortlaut der Entscheidung". Das RG. hat sich damit begnügt, schlechthin die Ansprüche als „wesentlich sittlicher Natur" zu bezeichnen. Es will somit die Ablehnung der Schadensersatzansprüche nur aus ihrem „Wesen" herleiten, d. h. aus ihrer rechtlichen Eigenart. Es sind daher rechtsdogmatische Gründe, nicht aber rechtspolitische oder moralische, ... die die Entscheidung aufzeigt".

Es ist durchaus zutreffend, wenn Magis die Entscheidung dahin versteht, daß das RG. zum Ausdruck bringen wollte, die persönlichen ehelichen Ansprüche hätten nicht die Natur von Rechtsansprüchen, sondern gehörten in das Gebiet der Sitte, wenn auch nicht völlig, so doch „wesentlich". Ist die vom RG. vertretene Ansicht aber zutreffend, so sind die hier fraglichen ehelichen Pflichten der Anwendung des § 276 BGB. entzogen. So ist Magis gezwungen, nachzuweisen, daß die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringenden Pflichten Rechtspflichten sind. Er bejaht diese Frage unter folgender Begründung: „Es ist ... dargelegt worden, daß durch die Aufnahme des § 1359 Abs. 1 BGB. in das Gesetz ganz allgemein die unter dem Begriff der Lebensgemeinschaft fallenden Pflichten und Ansprüche zu Rechtspflichten und Rechtsansprüchen geworden sind". Dies bedarf der Überprüfung.

Der § 1353 BGB. enthält in Absatz 1 die Vorschrift: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet". Eine Begriffsbestimmung der ehelichen Gemeinschaft ist damit nicht gegeben. Die naheliegende, individualistische Auffassung der Ehe als einer Vertragsbeziehung unter Ehegatten, wie sie noch im Naturrecht verstanden wurde, hat im BGB. trotz seiner sonstigen liberalen Haltung keinen Niederschlag gefunden. Zwar entsteht die Ehe auch nach dem BGB. durch einen Vertrag vor dem Standesamt, aber das ist nur äußeres Formerfordernis. Die Ehe unterliegt nicht den Regeln des Vertragsrechtes ,wie sie im allgemeinen Schuldrecht geregelt sind.

Die Materialien zum BGB.[26]) gehen unter Einfluß deutschrecht-

25) Magis, a. a. O. S. 44.

26) Protokolle, Bd. IV S. 11.

licher Auffassung von der Ehe als der Grundlage der Familie und damit des Staates aus. Sie ist das sittliche Band, das die Ehegatten zur Lebensgemeinschaft zusammenknüpft und, neben dem Zusammenleben der Eheleute, zugleich die Erziehungsstätte der Kinder darstellt. Sie ist die kleinste Zelle im organischen Aufbau der Nation. Demzufolge führt das BGB. im § 1353 BGB. einen dem Bereich des Sittlichen entnommenen Rechtsgedanken der ehelichen Lebensgemeinschaft ein. Damit ist zugleich ein Doppeltes zum Ausdruck gebracht.

Der § 1359 BGB. enthält zunächst ein allgemeines Prinzip, das den rechtlichen Gehalt der durch die Ehe geschlossenen persönlichen Rechtsbeziehungen zum Ausdruck bringt. Zum anderen tritt der Grundgedanke klar hervor, daß die eheliche Gemeinschaft bei der Auslegung und Befolgung der für die Ehe geschaffenen Gesetzesbestimmungen die maßgebliche Richtschnur ist. Durch die Erklärung, daß die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, wird anerkannt, daß sie nur zu einer solchen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, die dem Wesen der Ehe als einem vorwiegend sittlichen Verhältnisse entspricht und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist[27]). Das sittliche Wesen der Ehe ist Grundlage und Maßstab bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse unter den Ehegatten[28]).

Bei der das ganze eheliche Leben umfassenden Bedeutung der Ehe und den aus diesem Verhältnis entspringenden sittlichen Forderungen kann das Recht niemals alle diese Forderungen in Rechtssätze umwandeln. Dadurch ginge der Ehe gerade das Charakteristische verloren.

Diesem Gedanken hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß er den Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht bestimmt hat. Maßgebend sind vielmehr die sittlichen Anschauungen der Volksgemeinschaft. Was zum Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft gehören soll, bestimmt die Sittenüberzeugung des Volkes. Dadurch, daß der § 1353 BGB. die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, wird die sittliche Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft zugleich zu einer Rechtspflicht. Ob dies andererseits bedeutet, daß jeder Ehegatte ein subjektives Recht gegen den anderen Ehegatten auf eheliche Lebensgemeinschaft erhält, kann an dieser Stelle offen bleiben. Hier liegt jedenfalls einer der wenigen Fälle des Gesetzesrechtes vor, wo die Einheit von Sitte und Recht gewahrt ist. Ändert sich nun die Sittenüberzeugung des Vol-

---

27) Vergl. Marchtaler, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, Tüb. Jur. Diss. 1932 S. 44.

28) Motive IV, 140 ff. Protokelle IV, S. 94.

kes von der Ehe, so muß sich auch in gleicher Weise die Rechtspflicht der ehelichen Lebensgemeinschaft des § 1359, Abs. 1 BGB. ändern.

Der Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft in der heutigen Rechtsidee hat also die umfassendste, weitspannendste Bedeutung. Zu eng wäre hierfür die Definition der Ehe von Kant, der in ihr den „lebenswierigen, wechselseitigen Besitz der Geschlechtseigentümlichkeiten" sah[29]). Das gleiche Schicksal teilt die Definition des ALR., das den Hauptzweck der Ehe in der Erzeugung und der Erziehung der Kinder sah[30]).

Gerade auf dem Gebiet der Sitte hat der Nationalsozialismus einen grundlegenden Wandel vollzogen durch die Abkehr vom Individualismus und die Rückkehr zum Gemeinschaftsdenken. Neben der großen **Volksgemeinschaft** steht die Ehe als **Gemeinschaft.** In der gleichen Weise, wie der einzelne Volksgenosse heute in erster Linie Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft hat, so hat sie der Ehegatte in der Ehe. Durch die Erfüllung der nach der heutigen Sittenauffassung ihm obliegenden Pflichten, die aus der Ehe erwachsen, erweist er sich als ein wahres Glied nicht nur der ehelichen, sondern auch der Volksgemeinschaft.

Die Ehe ist also heute insbesondere ein Pflichtenkreis, in dem sowohl Pflichten gegen den anderen Ehegatten, wie auch gegen den Staat und das Volk bestehen[31]).

Diese Ansicht gehört allerdings, wie hervorgehoben werden muß, heute noch einem sehr umstrittenen Fragenkreis an. Es handelt sich hierbei nicht um eine isolierte Streitfrage, sondern um eine Auswirkung der grundlegenden Rechtsfrage überhaupt, ob der bisher als selbstverständliche Grundlage des bürgerlichen Rechtes geltende Begriff des subjektiven Rechtes aufrecht zu erhalten ist. Bisher sprach man weniger von den Pflichten als von den subjektiven Rechten, die die Ehegatten gegeneinander hatten, z. B. vom Recht auf eheliche Treue, auf Unterhalt, Hilfe usw.

Für den Begriff des subjektiven Rechtes wurden viele Definitionen gegeben. Am wichtigsten waren die von Windscheidt[32]). Dessen Formulierung lautete: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft". Das Hauptgewicht lag hierbei auf der „Willensmacht". Nach Jhering ist das Recht ein rechtlich geschütztes Interesse. Es wird also der Zweck

29) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 24.

30) Vergl. Motive, IV, S. 104, Protokolle IV, S. 94, Staudinger Nr. 1 zu § 1353, Planck, Vorbem. 1 zu § 1353 ff., Lehmann, Familienrecht S. 60 ff., Wieruszowski, a. a. O. S. 5 R.G.R.K. zu § 1353.

31) Vergl. Eckhardt, i Deutsche Rechtsw. 1936, Heft 1.

32) Windscheid-Kipp, I § 37.

des Rechtes betont. Diese beiden Momente faßt die Definition von Regelsberger zusammen als: „Recht ist die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses[33]).

Alle Definitionen gehen von der Herrschafts- und Machtstellung des Individuums aus, wobei die Pflichtgebundenheit vernachlässigt wird. Es handelt sich um den gleichen Gedanken, der im Staatsrecht zur Aufstellung der Grundrechte geführt hat.

Auch das bürgerliche Recht ging von dem Grundsatz der Betätigungsfreiheit des Einzelnen aus und versuchte dem Individuum einen Machtbereich zu verschaffen, ihn auch entsprechend zu bestimmen, auszubauen und auch abzugrenzen. Diese Begrenzung der Rechtsstellung des Einzelnen erfolgte aber wiederum ausschließlich nur zum Schutze des Einzelnen, niemals aus Rücksicht auf die Gesamtheit. Einschränkungen der subjektiven Rechte waren stets nur „Ausnahmen". Der Tätigkeitsbereich des Einzelnen und der des Staates, der ihm gegenüber stand, mußte säuberlich abgegrenzt werden. Die Verfassung mußte ihm, das ergab sich als selbstverständliche Folge aus ihrem individualistischen Ausgangspunkt, ein möglichst hohes Maß der Sicherheit garantieren.

Dieser individualistische Gedanke trat selbstverständlich auch im Personen- und Familienrecht seine Herrschaft an.

Unter diesen Umständen könnte man erwarten, für die Einzelpersönlichkeit einen weitestgehenden Rechtsschutz vorzufinden. Überraschenderweise war das nicht der Fall. Die Persönlichkeit war nicht Mittelpunkt des Rechtssystems, wie überhaupt „ein Recht an der eigenen Persönlichkeit im ganzen" geleugnet wird. Nur ganz wenige positive Normen werden der Persönlichkeit zugebilligt, wie z. B. § 12 BGB. Ein Rasseschutz oder Schutz der Volkstumswerte war dabei völlig unmöglich. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich aber glatt auf, wenn man sich das Ziel des Gesetzes, mit seiner individualistisch-materialistschen Einstellung, vor Augen hält. Denn der Endzweck ist: Der Entfaltung der Rechtsmacht des einzelnen dürfen keine Hindernisse in den Weg gelegt werden. So kann man der Formulierung dieses Grundsatzes durch Siebert[34]) völlig beistimmen, der sagt: „Ein Freiheits-Grundsatz, der seine Verwirklichung in äußerer Ungebundenheit sah, konnte kein Persönlichkeitsrecht aufkommen lassen; er mußte in einem solchen Recht nur das Negative, die Hindernisse für andere Persönlichkeiten sehen."

---

33) Regelsberger, I § 14, vergl. auch für die alte Auffassung Dernburg I, 14, Biermann, I § 12, Cosack § 16, Crome § 29, Endemann, I § 14, Enneccerus § 65, Kohler, I § 44, Zietelmann, I S. 21 ff., v. Tuhr, Allg. Teil, I, 50 ff.

34) Siebert, a. a. O. S. 959.

Zwar war der Gemeinschaftsgedanke dem bürgerlichen Recht nicht völlig fremd. Aber man sah darin den einfachen Zusammenschluß von Einzelpersonen. Es fehlte diesem Gebilde das Beseelende des „Gemeinschaftsdenkens" und der natürlichen und ursprünglichen Gegebenheit.

Im Familienrecht muß sich natürlich der Gemeinschaftsgedanke noch am weitesten erhalten. Bisher blieb dieser Gedanke auf die Familie beschränkt, die gerade durch ein „Rechtsverhältnis des Familienrechtes" zusammen gehörte. Es fehlte das Bewußtsein, daß die Familie nur eine kleine Gemeinschaft in der großen Volksgemeinschaft darstellt. Sie ist zwar deren Grundlage, findet aber ihre Aufgabe erst durch die große Gemeinschaft. Der Ehe muß der private Charakter genommen, den sie gerade in ihren wesentlichen Punkten hatte, und sie muß auf eine einheitliche, feste weltanschauliche Grundlage gestellt werden[35]).

Durch die Abkehr vom Liberalismus und die Wiederaufnahme des Gemeinschaftsgedankens mußte der Grundbegriff des subjektiven Rechtes ins Wanken geraten. Es handelt sich jetzt nicht mehr in erster Linie um den Schutz der Rechte und Interessen des einzelnen, sondern um den Vorrang der Gemeinschaft vor dem einzelnen. Das Individuum steht nicht selbst betrachtet, sondern als Volks- und Rechtsgenosse, als Mitglied einer lebendigen Gemeinschaft, der gegenüber er in erster Linie Pflichten hat. Rechte hat der einzelne nur, soweit diese von der Gemeinschaft zugebilligt werden. Bei Prüfung der Frage, wie groß der Lebensraum der Einzelpersönlichkeit sein und wie weit seine Beschränkung gehen kann, darf man nicht vom Standpunkt der Einzelperson ausgehen. Die Zumessung ihrer Rechte, ihrer Stellung und ihres Lebenskreises muß von der Gemeinschaft her erfolgen. Oberster Grundsatz dabei muß sein: Was braucht die Gemeinschaft und wie weit können dem einzelnen Rechte der Gemeinschaft zugebilligt werden?

Der Gegensatz **Pflicht gegen Recht** muß jetzt aufhören, nachdem die „subjektiven Rechte" von dem Gemeinschafts-, also dem Pflichtgedanken, durchdrungen sind und ihre Begrenzung als etwas Selbstverständliches und Natürliches angesehen wird; denn Recht und Pflicht haben das gemeinsame Ziel, der Gemeinschaft zu dienen, und stehen somit innerlich verbunden nebeneinander.

Diese neue Betrachtungsweise hinsichtlich des Individuums und der subjektiven Rechte muß zu einem anderen, klareren Resultat führen, als es bisher geschehen konnte. Da jeder auf der gleichen Stufe mit dem anderen steht und alle durch den gleichen Gedanken miteinander verbunden sind, muß aus dem Kampf eines jeden

35) Vergl. Eckhardt, i. Deutscher Rechtsw. 1936, Heft 1. Siebert, a. a. O. S. 958 ff.

gegen jeden ein Ausgleich, ein Miteinander werden. Der Gemeinschaftsgedanke gibt nicht nur das Verhältnis des einzelnen zur Gesamtheit, sondern er bindet die Volksgenossen untereinander, die vom Pflicht- und Treuegedanken beherrscht werden[36]).

Diese Betonung des Pflichtgedankens muß aber nicht unbedingt dazu führen, den Begriff des subjektiven Rechtes völlig fallen zu lassen, wie es Eckhardt vorschwebt[37]).

Da der Nationalsozialismus dem einzelnen Rechte beläßt — man braucht nur an das im Parteiprogramm garantierte Eigentum zu denken — so kann es auch im nationalsozialistischen Staat sogenannte subjektive Rechte im Gegensatz zum objektiven Recht geben. Allerdings nicht in dem individualistisch-liberalistischen Sinne wie früher. **Das subjektive Recht kann nicht mehr Grundbegriff des Privatrechtes sein**, weil das einer Gemeinschaftsordnung widersprechen würde, sondern der **Gemeinschaftsgedanke** muß es sein, aus dem sich die subjektiven Rechte ableiten und dem sie untergeordnet sind, sodaß **Recht und Pflicht** nicht nur Gegensätze, sondern zusammengehörige **Grundbegriffe** sind.

Dieses Rechtsdenken muß folgerichtig dazu führen, daß Rechtsbeziehungen zwischen Personen nicht mehr einseitig unter dem Interessengegensatz **Recht gegen Pflicht** angesehen werden können. Ebenso, wie der Rechtsträger sein Recht nur innerhalb der ihm von der Volksgemeinschaft durch die Pflicht gezogenen Grenzen ausüben kann, hat der Verpflichtete die Pflicht als Rechtsgenosse, seine Rechtsbeziehungen zu einer Gemeinschaft vom Pflicht- und Treuegedanken beherrschen zu lassen. In einer solchen Gemeinschaft, die das Ende der Kampfstellung von formalem Recht und Pflicht bedeutet, ist selbstverständlich kein Raum für eine Abwägung der gegenseitigen Rechte und Interessen. Die Interessenjurisprudenz ist ein Kind des Individualismus und hat in einer Gemeinschaftsordnung keinen Platz[38]).

Dieser Wandel in der Rechtsüberzeugung hat sich bereits in den nationalsozialistischen Gesetzen ausgewirkt, deren wichtigste das Reichserbhofgesetz und das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit sind. Die Einleitungsworte des ersteren bestätigen sofort die obenerwähnten Grundthesen über das Verhältnis der Einzelperson zur Gemeinschaft. Es heißt darin: „..., da eine große Anzahl lebensfähiger, kleinerer und mittlerer Bauernhöfe die beste Gewähr für die Gesunderhaltung von Volk und Staat bildet." Der Gesetz-

36) Siebert, a. a. O. S. 959 ff.

37) Vergl. Eckhardt i. Deutsche Rechtsw. 1936 S. 7 ff.

38) Vergl. Schaffstein zur Problematik der Teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht 1934) Dahm, Zeitschr. f. d. ges. Staatsrechtsw. 95, 283 ff., Henkel ebenda S. 343—45.

geber ging davon aus, welche Anforderungen der Gemeinschaftsgedanke, das Gemeinwohl an die Gestaltung der Lebenskreise des Bauerntums im ganzen, als auch an den einzelnen stellen konnte.

Das AOG. hat diesen Gemeinschaftsgedanken nun auch auf dem Gebiet der Arbeit durchgesetzt denn der Klassenkampf und der Kampf der Interessen der Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber war unvereinbar mit dem Bestande einer übergeordneten, verbindenden Gemeinschaft, weil das Volk ein Interesse daran hat, daß der Arbeitsprozeß reibungslos vonstatten geht.

Auf dem Gebiet des Eherechtes sind bedeutsam das Gesetz gegen den Mißbrauch der Eheschließung. Es soll künftighin vermieden werden, daß eine Frau nur das Recht auf Führung des Namens des Mannes erhält, ohne daß eine wirkliche eheliche Lebensgemeinschaft gegründet wird (§ 1325 a BGB.). Diese Maßnahme wird sofort verständlich, wenn man bedenkt, daß die Ehe der Erhaltung der rassischen und kulturellen Kräfte dienen soll.

Ein **Markstein** auf dem Wege, daß der Staat seine Belange in seiner kleinsten Gemeinschaft überwachen und vor Schaden bewahren kann, sind die **Nürnberger Rassegesetze**, deren tiefster und letzter Grund die Eindämmung der völkischen Zersetzung ist, zum Wohle der Familie und damit auch der großen Gemeinschaft „Volk". Danach ist die Ehe nicht mehr Privatsache, sondern eine Aufgabe, die nach nationalsozialistischen Grundsätzen zu erfüllen ist.

Die Ehe ist für den Staat vielleicht die wichtigste Gemeinschaft, weil sie die Keimzelle der Familie ist. Darum nimmt die Volksgemeinschaft höchstes Interesse an ihrer kleinsten Einheit. Dem entspricht auch eine besondere Betonung des Pflicht- und Treuegedankens für die Ehegatten, zur Aufrechterhaltung der Ehe ihr Bestes beizutragen.

Dieser Gedanke kommt erfreulicherweise schon im § 1353 BGB. zum Ausdruck. Da dort der Begriff der ehelichen Gemeinschaft und der zu ihr gehörigen Pflichten der Sittenordnung entnommen sind, ist die heutige nationalsozialistische Auffassung von der Ehe und den ihr zukommenden Gemeinschaftspflichten geltendes Recht.

Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft wurde bisher zerlegt in die entsprechenden subjektiven Rechte, denen die des anderen Ehegatten gegenüberstanden. Im Laufe der Entwicklung haben Rechtslehre und Rechtsprechung einige besonders markante Rechte herausgestellt, die unter die eheliche Lebensgemeinschaft fallen, wie z. B. die Pflicht zur Beistandsleistung, zum Zusammenleben, die Verpflichtung zur Treue und zur Leistung der ehelichen Pflicht[39]). Diese Denkweise ist aber liberalistisch. Sie entspringt

39) Planck, zu § 1353 BGB. Anm. 2, Staudinger zu § 1353 BGB, Hölder zu § 1353 BGB., R.G.R.K. zu 1353, 2, R.G.Z., 72, 130.

dem Bestreben, die Rechte des einzelnen möglichst genau zu bestimmen und abzugrenzen. Auf diese Weise ließen sich die Eingriffe in die Rechte am leichtesten feststellen und abwehren. Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft wurde so zu **Verpflichtungen der ehelichen Gemeinschaft.** Eine derartige Zergliederung hat im neuen Rechtsdenken keinen Raum. Es muß, unter Aufgabe des liberalistischen Trennungsdenkens, auch rechtlich die Einheit der ehelichen Lebensgemeinschaft betont werden. Es kann nur eine Pflicht geben, nämlich die zur Wahrung eines solchen Verhaltens, daß die Ehe vor der sittlichen Überzeugung des Volkes bestehen kann[40]). Trifft das zu, dann — und nur dann — ist die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft erfüllt. Dies schwebte offenbar auch dem RG in seiner Entscheidung R.G.Z. 71, 85 vor. Es führt dort u. a. aus: „... daraus folgt, daß dem durch den Bruch der ehelichen Treue verletzten Ehegatten, wenn er sich entschließt, von dem Rechte, deshalb die Ehescheidung zu verlangen (§ 1365 BGB.), keinen Gebrauch zu machen und das eheliche Verhältnis mit dem schuldigen Ehegatten fortzusetzen, auch die Verpflichtung erwächst, sein Verhalten so einzurichten, daß die Ehe dabei bestehen kann[41]).

Jede „Verletzung" dieser „Pflicht" ist **Pflichtverletzung** und zugleich Treuebruch, denn nach nationalsozialistischer Auffassung ist jede Verpflichtung mit dem Treuegedanken verknüpft. Treuebruch ist also nach dieser Auffassung ein weiter Begriff, der nicht mit der Verletzung der geschlechtlichen Treue zu identifizieren ist, sondern diese einschließt. So ist z. B. die Weigerung der Frau, den Haushalt zu führen, in gleicher Weise Pflichtverletzung und Treubruch hinsichtlich der ehelichen Gemeinschaft, wie der Ehebruch, nur wird der Grad der Pflichtverletzung verschieden zu beurteilen sein. Mit Recht führt deshalb Eckhardt aus: „Es ist nicht nur unnötig, sondern geradezu gemeinschaftszersetzend, wenn die aus der engen Lebensgemeinschaft entspringende Treuepflicht in eine Reihe von Einzelpflichten, die einem subjektiven Recht des Partners entsprechen, konstruktiv zerlegt wird"[42]).

Das BGB. läßt im § 1353 Abs. 2 erkennen, daß es von einem Recht auf die eheliche Lebensgemeinschaft ausgeht, denn es darf die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert werden, wenn sich das Verlangen des anderen Ehegatten als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Diese Vorschrift erscheint heute über-

40) Richtig ist deshalb R.G.Z. 72, 130, wo vom Recht auf Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft die Rede ist, was in den Ausführungen von Magis zu Unrecht gerügt wird.

41) J.W. 06, 389 Nr. 15; 390.

42) Eckhard, a. a. O. S. 14.

flüssig, nachdem das subjektive Recht pflichtgebunden geworden ist. Es erscheint selbstverständlich, daß ein Ehegatte ein Verlangen nicht stellen kann, wenn die Volksüberzeugung es mißbilligt und demgemäß für den Gatten die Pflicht besteht, es zu unterlassen. Er hat hier kein Recht mehr, dies zu fordern, weil die ihn treffende Pflicht seinem Rechte die Grenze setzt, und das Verlangen nicht mehr Inhalt seines Rechtes sein kann.

Die eheliche Gemeinschaft erweist sich nach alledem als eine Gemeinschaft, die in besonderem Maße dem Pflicht- und Treuegedanken unterworfen ist.

In welchem Ausmaß die in den vorstehenden Ausführungen aufgezeigte Änderung in der Grundhaltung und den Grundlagen des deutschen Rechtslebens eine Änderung des positiven Rechtes zur Folge hat, wird im späteren Zusammenhang zu prüfen sein. Hier kam es zunächst nur darauf an, den sittlichen und rechtlichen Gehalt der ehelichen Gemeinschaft festzustellen.

b) Die Unanwendbarkeit des § 276 BGB auf die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft.

b) Wenn Magis auf die aus § 1353 BGB. folgende Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft im § 276 BGB. anwenden will, so kann ihm nicht gefolgt werden. Seine Begründung, daß die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft und die daraus folgenden Einzelpflichten Rechtspflichten seien[43]), ist in Wirklichkeit keine Begründung. Die Anwendbarkeit des § 276 BGB. setzt nämlich nicht nur ein Rechtsverhältnis, sondern mehr voraus: Es muß sich um ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis handeln, das besteht oder wenigstens angebahnt ist[44]). Die eheliche Gemeinschaft ist aber kein Schuldverhältnis in herkömmlichem Sinne.

Dieses erzeugt einen Anspruch auf eine Leistung, mit deren Vornahme es erlischt. Es geht also nicht auf eine einzelne persönliche Forderung oder Schuld, sondern es ist ein Rechtsverhältnis, auf Grund dessen eine Person von einer anderen eine Leistung fordern kann, sodaß ein „Forderndürfen" den Inhalt des ganzen Rechtsverhältnisses ausmacht. Man konnte so ein Schuldverhältnis als ein zur Erzeugung von Einzelrechten geeigneten Organismus ansprechen[45]).

---

43) Magis, a. a. O. S. 45/46.

44) So vor allem R.G.R.K. § 276, 1.

45) Planck, II vor § 241 BGB., Oertmann II zu § 241, Staudinger, II. zu § 241 BGB., v. Tuhr, I. S. 126 f, 241 f, Litten, Wahlschuld, Lent Gesetzeskonkurrenz I. 69 ff., R.G.R.K. Vorbem. 2 zu § 241.

Die Ehe dagegen ist ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, die ihre Grundlage in der Eigenart des Familienrechtes hat[46]). Ihre Eigenart besteht darin, daß die aus dem § 1353 BGB. folgende Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die bisher in die Treuepflicht, Pflicht zur Beistandsleistung, zum Zusammenleben, zur Leistung der ehelichen Pflichten zergliedert worden ist, nicht Inhalt von Schuldverhältnissen sein kann[47]). Auch ihr persönlicher Inhalt hindert die Annahme eines Schuldverhältnisses. Es handelt sich um ein rein familienrechtliches Personenverhältnis, das mit dem Schuldverhältnis nur eine Gemeinsamkeit hat, die Relativität, die rechtliche Bindung zwischen Einzelpersonen. Auf dieses, vom gewöhnlichen Schuldverhältnis im übrigen völlig verschiedene Rechtsverhältnis läßt sich aber eine typisch schuldrechtliche Norm, wie der § 276 BGB., nicht anwenden.

Danach ist die Lösung Magis' nicht brauchbar. Das RG. hat also mit Recht dahin entschieden, daß die Verletzung der aus der ehelichen Gemeinschaft folgenden Pflichten eine Haftung auf Schadensersatz nicht entstehen läßt. Nur seine Begründung ist angreifbar. Es handelt sich, wie nachgewiesen, auch bei den aus der Ehegemeinschaft folgenden Pflichten um Rechtspflichten, nicht nur um sittliche Pflichten. Es fehlt allerdings an einer die Haftung begründenden Norm, die eine Schadensersatzpflicht unmittelbar aus der Pflichtverletzung entstehen läßt. Der § 1359 BGB. ist nur eine Beschränkungsnorm und § 276 BGB. ist darauf nicht anwendbar.

Damit bleibt nur die auch vom RG angedeutete Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.

III. Allgemeine Grundlagen des Schadensersatzanspruches.

1. Zunächst kommt der § 823, Abs. 1 BGB in Betracht. Entsprechend der bisher üblichen Zergliederung der aus der ehelichen Gemeinschaft folgenden einzelnen Rechten und Pflichten wurde zunächst das als verletzt in Betracht kommende Recht gesucht, z. B. das Recht auf eheliche Treue[48]) oder das Recht auf Miterziehung der Kinder durch den anderen Ehegatten[49]). Der Gesetzgeber hat durch den weitgefaßten Begriff der **ehelichen Lebensgemeinschaft** der fortlaufenden Entwicklung Raum gegeben und von der Festlegung von Begriffen abgesehen. Maßgebend bei der Feststellung des Inhaltes und Umfanges der ehelichen Lebensgemeinschaft soll die Sitte und Volksüberzeugung sein.

---

46) R.G.R.K. vor § 241, 2.
47) Planck, vor § 241, II, 1, b; Staudinger vor § 241, I, 1.
48) Magis, a. a. O. S. 1 ff.
49) R.G.Z. 72, 128 u. 151, 159.

Nach den obigen Ausführungen kommt jetzt nur noch das einheitliche Recht auf Erhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft in Frage.

Die bisherige Rechtsdogmatik würde nun ohne weiteres prüfen, ob dieses Recht ein „sonstiges" im Sinne des § 823 BGB ist. Die Änderung in der Stellung der nationalsozialistischen Rechtsüberzeugung zum subjektiven Recht zwingt aber zunächst zur Nachprüfung, ob sie von Einfluß auf die Geltung oder wenigstens die Auslegung der §§ 823 Abs. 1 BGB. ist.

1. Begründung des Anspruches aus § 823 Abs. 1 BGB?

a) Der Streit um die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB.

Die Abhebung des subjektiven Rechtes als Grundbegriff zwingt zur Aufgabe der juristischen Konstruktion, daß Schadensersatzansprüche aus der Verletzung subjektiver Rechte erwachsen! Grundlage der Schadensersatzansprüche kann dann nur die Pflichtverletzung sein, sei es (bei Verträgen) der Vertragsbruch, im Deliktsrecht der Bruch der Gemeinschaftspflicht (der Pflicht zur Beachtung der Gemeinschaftsordnung). So sagt auch Eckhardt[50]: „Der Gegner soll den Rechtsbruch büßen; seine Tat ist Delikt. So ist die Klage nicht das Geltendmachen eines subjektiven Rechtes, sondern ein Sichbeklagen wegen gemeinschaftwidrigen Verhaltens des Beklagten."

Zu dieser Auffassung steht der § 823 Abs. 1 BGB in schroffem Gegensatz. Er geht klar und eindeutig vom subjektiven Recht aus, dessen Verletzung haftbar macht[51]). Es fragt sich, ob unter diesen Umständen die Regelung des § 823 BGB. weiter gelten kann. Die §§ 823 ff. BGB. sind übernommene Gesetze. Wie weit sie noch heute gelten, das ist das Problem. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung ist diese Frage häufig erörtert worden. In den, im Auftrage des Reichsministers Frank herausgegebenen „Leitsätzen über Stellung und Aufgaben des Richters" heißt es u. a.: „Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde." Das bedeutet also, daß nur in ganz krassen Fällen eine Nichtbeachtung bestehender Gesetze vorgenommen werden darf[52]).

Daraus folgt, daß die §§ 823 ff. BGB. für die nationalsozialistische Auffassung nicht absolut untragbar sind. Gegensätze in der

50) Vergl. Deutsche Rechtsw. 1936, Heft 1 S. 14.

51) Vergl. Enneccerus-Lehmann, § 226, V u. § 227.

52) Vergl. Deutsche Rechtsw. 1936. Heft 2, S. 123 ff.; J.W. 36. S. 2488.

dem Gesetz zugrunde liegenden Dogmatik allein reichen nicht aus, um das Gesetz unbeachtet zu lassen. Es müssen vielmehr die Ergebnisse, die die Gesetze in der Praxis haben, untragbar sein. Durch eine Auslegung der Gesetze auf nationalsozialistischer Grundlage kann man auch bei den §§ 823 ff. BGB. zu zufriedenstellenden Ergebnissen kommen.

Siebert[53]) meint, daß die Beachtung des Pflichtmomentes als der dem Recht „immanenten Grenze" die bisherige Dogmatik zu § 823 Abs. 1 und 2 BGB. „schon jetzt" überwinden müßte. Doch schränkt Siebert diese Auflockerung des Deliktrechtes im wesentlichen auf die bisherigen „Persönlichkeitsrechte" ein. Die Verletzung der Persönlichkeit soll nicht länger Verletzung subjektiver Persönlichkeitsrechte sein, sondern die „Verletzung" der lebendigen Grundlagen und Kräfte unserer Volksgemeinschaft"[54]). Zu der gerade hier interessierenden Frage der ehelichen Gemeinschaft führt er aus: „Mit der Wandlung des Wesens der Persönlichkeit hängt eng zusammen die ebenso tief greifende Wandlung des Familienrechtes. Hier war allerdings, wie erwähnt, schon die bisherige Dogmatik unseres BGB. unter deutschrechtlichem Einfluß so weit gekommen, die Pflichten ganz stark in den Vordergrund zu stellen. Es muß aber dann wirklich gefragt werden, wozu man dann noch überhaupt die Konstruktion eines absoluten subjektiven Rechtes an fremder Person braucht und ob nicht diese bisherige Auffassung das Wesen der Ehe und der Familie geradezu verfälscht." Das, was Eckhardt soeben hier gesagt hat, scheint mir unbedingt überzeugend, wir müssen jedenfalls von einer Denkweise loskommen, die z. B. den Schutz der Ehe nach § 823 Abs. 1 BGB. erst auf Grund bestimmter subjektiver Rechte oder Ansprüche auf Treue rechtfertigen konnte, für deren „absoluten" Charakter eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Ehegatten an der Aufrechterhaltung der Ehe und dem Interesse Dritter vorgenommen werden müßte.

Diesen Ausführungen kann nur unter dem Vorbehalt zugestimmt werden, daß es sich um Vorschläge **de lege ferenda** handelt. Es muß die Wahl getroffen werden zwischen Nichtbeachtung der §§ 823 ff. BGB. oder deren Anwendung. Da der erste Weg nach den obigen Ausführungen nicht gangbar ist, bleibt nur der zweite. Es hat zwar den Anschein, daß auch Siebert ihn grundsätzlich beschreiten will, da er nur alle bisherigen Persönlichkeitsrechte und auch die Familienrechte aus dem Kreis der Rechte im Sinne des § 823 BGB. streichen will. Da aber eine Neuregelung, die die §§ 823 ff. BGB. gemäß den nationalsozialistischen Anschauungen ersetzt, noch nicht besteht, würde bei der Befolgung der Rat-

53) Siebert, a. a. O. Heft 1, S. 29.
54) Siebert, a. a. O., Heft 1, S. 29.

schläge von Siebert insoweit eine Rechtlosigkeit einreißen können. Infolgedessen ist der genannte Vorschlag noch nicht brauchbar. Es bleibt vielmehr, solange das Deliktsrecht des BGB. aufrecht erhalten ist, nichts anderes übrig, als in diesem Bereich noch vom Begriff des subjektiven Rechtes als eines juristisch-technischen Begriffes auszugehen, weil die darauf beruhende Dogmatik im Deliktsrecht aufrecht erhalten ist. Das bedeutet aber nicht, daß die bisherige Rechtslehre und Rechtsprechung auf diesem Gebiet unbesehen zu übernehmen ist. Die jetzt auf Grund nationalsozialistischer Rechtsüberzeugung vorzunehmende Auslegung kann zu veränderten Ergebnissen führen, insbesondere, wenn der Inhalt des Rechtes, wie z. B. bei der ehelichen Lebensgemeinschaft, durch die Sittenordnung bestimmt wird und es durch die Umgestaltung der Sittenordnung eine Umwandlung erfahren hat.

b) Das Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als absolut oder relativ wirkendes Recht?

Um den § 823 Abs. 1 BGB. anwenden zu können, muß zunächst das Recht auf Erhaltung und Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft ein subjektives Recht im Sinne dieser Vorschrift sein[55]).

Diese Eigenschaft muß im Hinblick auf den § 1353 Abs. 2 BGB. bejaht werden. Dort wird das mißbräuchliche Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft ausdrücklich als Mißbrauch seines R e ch t e s bezeichnet. Nur solche subjektiven Rechte genießen aber nach allgemeiner Auffassung den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB., die absoluten Charakter tragen. Dies sind nach herkömmlicher Ansicht alle solche, bei denen dem Berechtigten nicht eine bestimmte Person, sondern jeder Dritte als zur Anerkennung des Rechtes und zur Unterlassung von Störungen verpflichtet gegenübersteht, wie z. B. dem Namensrecht, Patentrecht, Firmenrecht und anderem mehr. Ob das Recht auf die eheliche Gemeinschaft ebenfalls absolut ist, war bisher außerordentlich bestritten. Alle denkbaren Meinungen wurden vertreten.

Zu dieser Frage findet sich in der Literatur kaum eine klare, leicht erfaßbare Stellungnahme. Diese Frage haben sich nur vereinzelte Schriftsteller vorgelegt, und die wenigsten von ihnen haben sich eindeutig für eine der beiden Ansichten entscheiden können. Zumeist findet sich nur eine ganz allgemein gehaltene Stellungnahme zum gesamten Komplex des persönlichen Eherechtes, dabei wird dann allen Rechtsbeziehungen die gleiche Wirkung zu-

55) Vergl. Enneccerus-Lehmann, §§ 227, 228, Oertmann, § 823, 3, d; RG SeuffA 61, 66.

geschrieben, oder man betrachtet alle Familienrechte unter der gleichen Perspektive und entscheidet ohne Prüfung kategorisch für eine der beiden Meinungen[57]).

Bei der Durchsicht der Literatur kommt man aber doch zu der Überzeugung, daß die Mehrzahl die absolute Natur der Gemeinschaftswirkung bejaht. Auch das RG ist dieser Ansicht ausdrücklich beigetreten[58]).

Aber auch eine starke Gegenmeinung ist vertreten, die die Wirkung allein zwischen den Gatten beschränken, also ein relatives Recht annehmen will[59]).

Es fehlt natürlich nicht an einer dritten vermittelnden Ansicht, die dem Treuerecht eine relative Innenwirkung und eine absolute Außenwirkung unterschieben möchte[60]).

Somit sind alle Möglichkeiten für die Wirkung subjektiver Rechte erschöpft. Aber kein Verfasser, mit Ausnahme von Magis, hat Gründe oder nähere Darlegungen gegeben. Ihnen genügte allein die Herausstellung ihrer Anschauung.

Die Theorie der absoluten Wirkung ist nicht haltbar. Auf welch schwankendem Boden die Konstruktion des persönlichen Eherechtes aufgebaut war, zeigt schon die Vermeidung einer klaren und eindeutigen Stellungnahme in der Literatur[61]). Die Aufrechterhaltung dieser Ansicht würde die ganze Auffassung von der Ehe verfälschen.

Nach der tiefgreifenden Wandlung des Wesens der Einzelpersönlichkeit mußte folgerichtig auch eine Wandlung des Familienrechtes eintreten.

Legte man bisher allen Konstruktionen das Herrschaftsverhältnis zugrunde, so muß man heute die Frage aufwerfen, ob diese Kon-

---

57) Vergl. Hellwig, a. a. O. § 104, II. 1a; Wolff, a. a. O. § 31 II; Lehmann, Familienrecht, § 1 S. 3; v. Tuhr, a. a. O. § 11, S. 145; Crome, a. a O. IV S. 325; Zitelmann, a. a. O. I S. 126; Detmold, a. a. O. S. 325; Planck, a. a O. II. 1 f; Staudinger, a. a. O. § 823 II A 2 e; Naviaski, a. a. O. S. 30 ff.; Enneccerus, a a. O. § 74; Gierke I § 29; Endemann, a a. O. II § 147; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 890.

58) Vergl. Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S 890; Zitelmann, a. a. O. I S. 126; Wolff, a. a. O. § 31 II; Planck, a. a. O. II, 1 f; Staudinger, a. a. O. II A, 2 e u. zu § 823; Winscheid § 41; Leonhard, a. a. O. § 302.

59) v. Tuhr, a. a. O. § 11 S. 145; Hellwig, a. a. O. S. 104 II 1 a; Enneccerus-Lehmann § 228, I b; Lehmann, Familienrecht S. 3; Strupp, a. a. O. S. 41; Detmold, a. a. O. S. 325; Naviaski, a. a. O. S. 35; Neustadt, a. a. O. S. 27; Steffent, a. a. O. S. 17.

60) Oertmann § 823 3 d; Magis, a. a. O. S. 25.

61) Vergl. Magis, a. a. O. S. 16.

struktion eines absoluten subjektiven Rechtes an einer anderen fremden Person noch brauchbar ist. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese bisherige Auffassung das Wesen der Ehe und der Familie direkt verfälscht hat. Man muß sich von der Vorstellung frei machen, daß der „absolute" Charakter der subjektiven Rechte durch eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des einen Ehegatten an der Aufrechterhaltung der Ehe und dem Interesse Dritter gewahrt werden kann.

Eine absolute Wirkung der Ehe wird auch von den Vertretern der Mittelmeinung propagiert, die der Ehe eine relative Innenwirkung und eine absolute Außenwirkung beilegen wollen. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang der Lösungsversuch von Magis, auf Grund einer „Interessenabwägung"[62]).

Magis stellt bei seiner Beweisführung gegenüber das individuelle Interesse eines Gatten an der Integrität der Ehe und das allgemeine Freiheitsinteresse, das er als die Freiheit zur ungehinderten Aufnahme von Geschlechtsbeziehungen mit verheirateten Personen hinstellt. Er fährt dann fort, daß die Feststellung des überwiegenden Interesses nicht sonderlich schwierig sei; das Freiheitsinteresse Dritter wird hier, wo es sich gegen eine Ehe richtet, nach allgemein herrschender Auffassung zu einem unsittlichen. Damit ist die Sitte doch auch für ihn oberster Richter!

Diese Lösung hat besondere Zurückweisung durch Siebert in seinem Aufsatz „Schutz der Ehe als Interessenschutz" erfahren, unter dem Hinweis, daß diese Begründung des Wesens der Ehe an unserem völkischen Gemeinschaftsrecht völlig vorbeigehe, und ausgesprochen liberalistische Züge aufweise[63]).

Im Ergebnis ist dieser Zurückweisung zuzustimmen, wenn auch entgegen der Ansicht Sieberts bei der Anwendung des BGB. noch mit dem Begriff des subjektiven Rechts gearbeitet werden muß. Die Beibehaltung des technischen Begriffes des subjektiven Rechtes besagt nicht, daß auch alle darauf errichteten Konstruktionen noch heute Geltung beanspruchen können. Dies gilt vor allem für das Prinzip des überwiegenden Interesses, jedenfalls soweit es das hier interessierende Gebiet des Eherechtes betrifft. Die Abwägung des individuellen Interesses des Ehegatten an der Unversehrtheit der Ehe gegen „das allgemeine Freiheitsinteresse an ungehinderter Aufnahme" von Geschlechtsbeziehungen mit verheirateten Personen, die Magis[64]) vornimmt, ist sowohl logisch verfehlt, wie nach der heutigen Rechtsüberzeugung nicht denkbar.

---

62) Magis, a. a. O. S. 23/25.
63) Siebert, a. a. O. Heft 1, S. 81.
64) Magis, a. a. O. S. 24.

Diese Abwägung ist deshalb verfehlt, weil ein unsittliches Interesse — nämlich das Freiheitsinteresse Dritter — rechtlich nicht beachtlich ist. Somit kann eine Abwägung, wie sie Magis vorgenommen hat, wegen Fehlens eines rechtlichen Interesses Dritter auf dem Gebiet des persönlichen Eherechtes überhaupt nicht stattfinden. Dieser **Denkfehler** hat Magis zur absoluten Außenwirkung der Ehe geführt. Abgesehen hiervon ist die Interessenabwägung heute gar nicht mehr denkbar. **Unbestreitbar nimmt das Rechtsdenken heute seinen Ausgang bei der Volksgemeinschaft.** Es ist Gemeinschaftsdenken geworden, während die Interessenabwägung, die voneinander gegenüberstehenden subjektiven Rechten ausgeht, individualistisch ist und somit heutiger Rechtsüberzeugung widerspricht[65]). Dagegen spricht nicht die Beibehaltung des Begriffes des subjektiven Rechtes im deutschen Privatrecht. Denn die Interessenabwägung ist nicht ein Ergebnis des Gesetzes, sondern des Rechtsdenkens, und dieses hat sich in einer Weise gewandelt, die der Interessenjurisprudenz feindlich gegenübersteht.

Das besondere Kennzeichen der Ehe ist nach den früheren Ausführungen **die hohe Pflichtgemeinschaft.** Das Recht auf die eheliche Gemeinschaft ist im Interesse der Pflichterfüllung gegeben und steht unter dem Pflichtgedanken. Es ist insofern dem Erziehungsrecht der Eltern nicht unähnlich[66]). Mit dieser Anschauung läßt sich allein die relative Natur der Ehe vereinbaren. Gegen diese spricht nicht, daß der ehebrechende Dritte bestraft werden kann. Denn nach heutiger Auffassung erfolgt die Bestrafung nicht mehr, um die Verletzung des Rechtes des ehetreuen Gatten zu sühnen, sondern weil die Tat gemeinschaftswidrig und pflichtwidrig ist[67]). Die Bestrafung ist also nicht Folge einer Außenwirkung der ehelichen Gemeinschaft[68]).

Mithin ist das Recht auf die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nur ein relatives Recht, d. h. kein „sonstiges" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Damit befindet sich der Verfasser im Gegensatz zu der Rechtsprechung des RG., welches die Möglichkeit einer Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB. bejaht[69]).

Wollte man selbst entgegen den vorstehenden Ausführungen das Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als ein Recht

---

65) Vergl. Siebert, a. a. O. S. 81.

66) Siebert in NS-Handbuch S. 958 ff.

67) Vergl. dazu Schaffstein, a. a. O. S. 55, S. 15 ff..; Siegert, D.J.Z. 36, 476 ff.; Freisler in Dt. Just. 36 u. in Das Neue Strafr., Grundged. zum Geleit.

68) Anders noch RGZ 71, 88.

69) RGZ 72, 128; 151, 159; Recht 08 Nr. 10; zweifelhaft WarnR 1917 Nr. 18.

mit absoluter Wirkung ansehen, so würde eine Verletzung doch nicht zum Ersatz von Vermögensschaden führen können[69a]). Dies hat auch das RG mehrfach mit wechselnder Begründung ausgesprochen. Unzutreffend ist jedenfalls die Begründung, die aus dem ehelichen Verhältnis folgenden Pflichten seien wesentlich sittlicher Natur[70]). Der § 1353 BGB. hat diese Pflichten zu Rechtpflichten erhoben. Somit ist jedes Verhalten, das gegen das zur Erhaltung der ehelichen Gemeinschaft erforderliche verstößt, eine Rechtspflichtverletzung.

Verfehlt ist auch der Hinweis in RGZ. 72, 128, daß der Ehebruch einen Schaden stifte, der nicht dem Gebiete des Vermögensrechtes angehört[71]). Der Senat hat den Kausalzusammenhang zwischen dem Ehebruch und dem Schaden, der dem anderen Ehegatten daraus erwachsen ist, verneint. Es fehlt aber an einer ausreichenden Begründung für diesen durchaus nicht selbstverständlichen Schritt.

Das RG hat sich in zahlreichen Entscheidungen zur Lehre des adäquaten Kausalzusammenhangs bekannt. In seiner maßgeblichen Entscheidung hat es den Begriff der Adäquanz wie folgt formuliert: „Ursachen-Zusammenhang liegt vor, wenn eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist"[72]).

Nimmt man diese Definition als Grundlage zur Prüfung über den Kausalzusammenhang zwischen Ehebruch, Scheidung und dem daraus hervorgegangenen Schaden für den ehetreuen Gatten, so muß man den Kausalzusammenhang bejahen.

Für den Gedankengang dieser Arbeit ist dies von keiner großen Bedeutung. Entscheidend ist folgendes: Das Recht auf die eheliche Lebensgemeinschaft ist nur zur Erhaltung der Gemeinschaft gegeben. Das zeigt sich sowohl aus § 1353 Abs. 2 BGB. wie aus den obigen Erörterungen über das Wesen der Ehe[73]). Die eheliche Lebensgemeinschaft kann nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein, sie hat also auch keinen Verkehrs- d. h. Vermögenswert. Das Recht auf die eheliche Gemeinschaft ist also kein Vermögensrecht, und seine Verletzung gehört nicht dem vermögensrechtlichen Gebiet an. Es stellt vielmehr ein Recht dar, welches der Erhaltung der ehelichen Gemeinschaft dient und damit die Erfüllung der ge-

69[a]) Vgl. S. 47.
70) J.W. 05, 431; Recht 08 Nr. 10.
71) Magis, a. a. O. S. 54 ff.
72) RGZ 115, 155; 129, 131; 133, 127.
73) S. Seite 52/53.

stellten Gemeinschaftsaufgaben verfolgt. Die Verletzung eines derartigen Rechtes liegt auf sittlichem Gebiet und ist nur aus dem Grunde auch Rechtsverletzung, weil die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft zur Rechtspflicht erhoben worden ist. Somit ist es unerheblich, ob die Pflichtverletzung zu Vermögensschäden des anderen Ehegatten führen kann. Es handelt sich also entgegen der Ansicht des RG. nicht um die Frage der mangelnden Kausalität, sondern der Schaden kann deshalb nicht ersetzt werden, weil die Handlung und Rechtsverletzung nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet liegt. Eine Vereitelung sittlicher Ziele kann nach der geltenden Regelung der unerlaubten Handlungen nicht schadensersatzpflichtig machen, selbst wenn ein Schaden daraus erwächst. Die Sache liegt im wesentlichen wie der Fall, daß ein Freund, der bisher stets einem anderen in Geldnot ausgeholfen hat, dies entgegen der Freundespflicht unterläßt, wodurch der andere, der sich auf seinen Freund verlassen zu können glaubte, in Konkurs gerät. Auch hier führt die Nichterfüllung einer nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet liegenden Pflicht zu einem erheblichen Schaden, der nicht ersetzt wird.

Dagegen fallen unter den § 823 Abs. 1 BGB. die Fälle, in denen der ehebrechende Ehegatte den ehetreuen mit einer Geschlechtskrankheit ansteckt, weil hier eine Verletzung des Körpers und der Gesundheit vorliegt. Das RG. hat in einer grundsätzlichen Entscheidung[74]) die Schadensersatzpflicht für denjenigen bejaht, der die Geschlechtskrankheit überträgt. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.

2. Ableitung des Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit einem Schutzgesetz.

Als weitere Grundlage für den Schadensersatzanspruch kommt der § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit einem Schutzgesetz in Betracht.

a) Die in Betracht kommenden Schutzgesetze §§ 1565 ff. BGB., 172, 185 ff. StGB.

Bevor auf die in Frage kommenden Schutzgesetze eingegangen werden kann, ist der Begriff des Schutzgesetzes klarzustellen. Herkömmlich wird es dahin bestimmt: Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm privat- oder öffentlich-rechtlichen Inhalts, die den einzelnen

74) RGZ 135, 9.

zu schützen bestimmt ist und nicht ausschließlich die Gesamtheit[75]).

Als Schutzgesetz in Betracht zu ziehen sind für den Fall des Ehebruches und sonstiger schwerwiegender Verfehlungen die Zivilrechtsnormen der §§ 1565 ff. BGB., aus dem Strafrecht § 172 StGB., im übrigen § 185 StGB.

b) Einwände gegen die Heranziehung dieser Gesetze als Schutznormen.

1. gegen § 1565 ff. BGB.

Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß die privatrechtlichen Vorschriften nur dann als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. gelten können, wenn ihr Zweck der Schutzgewährung gegen Rechtsverletzungen deutlich hervortritt. Wesensmerkmal des zivilen Schutzgesetzes bleibt stets die Vermeidung einer Schädigung. Dieses Merkmal muß aber für die §§ 1565 ff. BGB. verneint werden, denn sie sollen nur die Möglichkeit schaffen, einen untragbar gewordenen rechtlichen Zustand zu beseitigen. Eine Schadenszufügung sollen sie niemals verhüten, wenn auch als Ausfluß dieser Vorschrift ein Schutz des ehetreuen Gatten nicht zu leugnen ist. Mithin scheiden die §§ 1565 ff. BGB. bei der rechtlichen Beurteilung aus.

2. gegen § 172 StGB.

Der Kreis der in Betracht kommenden Verletzungshandlungen beschränkt sich hier von vornherein auf Ehebruch. Das RG hat es bei der Prüfung des Schutzgesetzes auf den Schutzzweck abgestellt. Demnach soll der § 172 StGB. ein Schutzgesetz hinsichtlich des persönlichen Verhältnisses der Parteien sein, **nicht** aber auch im Hinblick auf wirtschaftliche Schäden[76]).

In diesem Zusammenhang hatte das RG folgenden Fall zu beurteilen: Die Ehe war wegen Ehebruches der Frau geschieden worden. Die Frau und der Ehebrecher wurden gemäß § 172 StGB. bestraft. Der Ehemann fordert nun Ersatz für die Mehrkosten der Erziehung für die zwei Söhne, da die ehemalige Frau diese nicht mehr beaufsichtigen könne und er die Kinder aus dem Hause geben müsse.

In der Begründung des Urteils wird u. a. gesagt: „Aber mit der Erkenntnis, daß § 172 StGB. ein Schutzgesetz sei, ist nicht . . . die Frage der Ersatzpflicht für die aus der Auflösung der Ehe erwachsenden Vermögensnachteile entschieden . . ., denn über den Schutz-

75) J.W. 05, 142; RGZ 100, 142; 135, 245; 138, 165 u. 219.
76) RGZ. 72, 128.

zweck hinaus ist die Haftpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB. nicht auszudehnen. Die Verfehlung, der das Strafgesetz gilt, berührt nach ihrer Art nicht die vermögensrechtliche Seite der Ehe, sondern das persönliche Verhältnis der zur Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft sittlich und rechtlich verbundenen Ehegatten.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die Strafandrohung des § 172 StGB. sich gegen die Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft richtet, und daß sie sich nicht bloß gegen den schuldigen Ehegatten, sondern auch gegen den Mitschuldigen richtet, ohne dessen Mitwirkung der Eingriff gegen die Rechte des anderen Ehegatten nicht denkbar ist, daß sie also den Schutz dieses Ehegatten vor solchem Eingriff bezweckt. Das staatliche Interesse an der Aufrechterhaltung der sittlichen und rechtlichen Grundlage der Ehe tritt hinter das Interesse des verletzten Ehegatten zurück, was sich daraus ergibt, daß die Bestrafung des Ehebruchs an die doppelte Voraussetzung geknüpft ist, daß die Ehe wegen Ehebruches, um dessen strafrechtliche Sühne es sich handelt, rechtskräftig geschieden ist, und daß der unschuldige Ehegatte den Strafantrag gestellt hat"[77]). In der neuesten Entscheidung hat das RG diese Frage völlig unentschieden gelassen[78]).

Gegen diese Rechtsprechung haben sich Bedenken erhoben im Hinblick darauf, daß andere Gerichte den § 172 StGB. auch auf die vermögensrechtliche Seite angewandt haben[79]). Gegen die Ansicht des RG haben Steffent und Magis äußerst schwerwiegende Gründe vorgebracht, sodaß die Begründung des RG als erschüttert gelten kann.

Steffent führt zur Erhärtung seiner Ansicht aus, daß nirgends gesagt worden ist, wie weit der Schutzwille des § 172 StGB. reicht. Der Gedanke des Gesetzgebers ist gleichfalls nicht bekannt. Unterstellt man die Richtigkeit der vom RG aufgestellten Argumentation, daß über § 823 Abs. 2 BGB. keine Schadensersatzansprüche hergeleitet werden können, dann ist es völlig einerlei, ob § 172 StGB. ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 des Abs. 2 BGB. ist.

Zustimmung muß auch den Gründen von Magis zuteil werden, der ausführt, daß die vom RG aufgestellte Behauptung, der vermögensrechtliche Schutz läge dem § 172 StGB. „durchaus fern", in keiner Weise zutreffend ist. Durchschlagend ist auch nicht die Behauptung, daß es auf alle Fälle eines erkennbaren Ausdruckes im Gesetz bedurft hätte. Unklar bleibt ferner, weshalb eine Stellungnahme zu den vorinstanzlichen Entscheidungen unterblieben ist[80]).

77) RGZ 72, 128.
78) RGZ 151, 159.
79) Vergl. OLRspr. 14, 39.
80) Vergl. Steffent, a. a. O. S. 27 u. Magi, a. a. O. S. 30/31.

Zeiler[81]) hat die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB. aus anderen Gründen verneint. Richtig ist zwar das Ergebnis, daß ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. nicht herzuleiten ist. Seine Begründung schließt aber nicht aus, daß ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. bestehen kann. Die Behauptung ist unhaltbar, daß dort, wo andere Bestimmungen einen Schadensersatzanspruch nicht zulassen, auch ein solcher über § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit einem Schutzgesetz ausgeschaltet sein soll[82]). Die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB. ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die im Einzelfall geprüft werden müssen, sofern diese Vorschrift nicht durch andere bürgerlichrechtliche **lex specialis** ausgeschlossen ist, wie etwa durch die §§ 989, 990 BGB. beim Eigenbesitzer. Es ist aber bisher von keiner Seite die Behauptung aufgestellt worden, daß die persönlichen Eherechtsvorschriften der §§ 1353 ff. BGB. **lex specialis** gegenüber § 823 ff. BGB. seien.

Das RG. hat den § 172 StGB. im Ergebnis mit Recht als Schutzgesetz auf vermögensrechtlichem Gebiet abgelehnt. Diese Vorschrift ist nicht als Schutzgesetz anzusehen, weil nach heutiger Rechtsüberzeugung die Bestrafung nicht wegen des Eingriffes in das Recht des Ehegatten erfolgt. **Die Bestrafung wegen Ehebruches erfolgt nicht, weil in das persönliche Interesse eines Ehegatten eingegriffen ist, sondern weil die Ehe als die Grundlage des Staates und der Kultur geschützt werden muß.** Für das kommende Strafrecht ist dies ausdrücklich in den Berichten der Strafrechtskommission ausgesprochen: Es wird das „Strafwürdige des Ehebruches aus der Stellung des Staates zu der Einrichtung der Ehe als einer der Grundlagen des Staates hergeleitet"[83]). Dies beweist, daß die Bestrafung wegen Ehebruches nicht erfolgt, um dem betroffenen einzelnen Ehegatten Rechtsschutz zu verleihen. Dies muß auch für den noch geltenden § 172 StGB. angenommen werden. Denn die im Entwurf zum Ausdruck kommende nationalsozialistische Rechtsüberzeugung ist für die Auslegung des noch geltenden § 172 StGB. verbindlich. Dann aber ist der § 172 StGB. kein Schutzgesetz, das in den Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB. paßt, weil es nur den Schutz der Allgemeinheit erstrebt.

3. gegen § 185 StGB.

Diese Strafvorschrift ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB[84]). Eine Beleidigung des anderen Ehegatten enthält

81) Recht 08, Spalte 414—16.

86) Vergl. Magis, a. a. O. S. 31.

83) Lorenz, a. a. O. S. 183.

84) Vergl. RGZ 51, 177; 79, 85; 100, 46; J.W. 1916, 38; 63, 324; 102, 223; 119, 635; J.W. 28, 671; J.W. 33, 1400; RGRK. zu § 823 II, 14, III b.

jedes ehewidrige Verhalten, und nicht nur der vollendete Ehebruch. Sofern jedoch der Ehebruch allein in den Kreis der Betrachtung zu ziehen ist, kommt der § 172 StGB. als **lex specialis** in Betracht[85]). Die Heranziehung des § 185 StGB. kann also nur wegen sonstigen ehewidrigen Verhaltens in Frage kommen. Die Annahme einer Beleidigung ist denn auch in den neuesten Entscheidungen ausdrücklich nur für ein ehewidriges Verhalten der Frau ausgesprochen worden[86]). Gleiches muß aber auch für den umgekehrten Fall ehewidrigen Verhaltens des Mannes Geltung haben, mit Rücksicht auf die völlige Gleichstellung beider Ehegatten in der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft.

Wenn der die eheliche Pflicht verletztende Ehegatte vorsätzlich gehandelt hat, so liegt an sich ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vor, denn der § 185 StGB. ist nur bei Vorliegen des Vorsatzes anwendbar. Gelingt dieser Nachweis, so kann er aber nicht zum Ersatz von vermögensrechtlichen Schäden führen, wie z. B. bei den durch die Versetzung eines Beamten hervorgerufenen besonderen Aufwendungen. Denn diese Aufwendungen sind nicht die ursächliche Folge der persönlichen Kränkung des anderen Ehegatten, die auf ideellem Gebiet liegt, sie sind vielmehr eine Auswirkung der Verletzung der ehelichen Lebensgemeinschaft, die in besonders starkem Maße bei Beamten pflicht- und treugebunden ist.

Damit ergibt sich aber als Resultat unserer Prüfung, daß auch der § 823 Abs. 2 BGB. keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch ergibt.

3. Rechtfertigung des Schadensersatzanspruches aus § 826 BGB.

Die dritte und letzte Möglichkeit einer Haftungsgrundlage ist der § 826 BGB. **Die Rechtsprechung des RG. bejaht diese Haftungsgrundlage.** In einer Entscheidung — abgedruckt in RGZ. 72, 128 — führt es aus: Anzunehmen sei, „daß eine Frau, die sich den gesetzlichen Vorschriften zuwider der ehelichen Lebensgemeinschaft, der Leitung des Hauswesens und der Mitarbeit im Hauswesen und dem Geschäft des Mannes entzieht, dadurch allein dem Manne gegenüber nicht schadensersatzpflichtig werde, daß vielmehr eine Ersatzpflicht nur aus sonstigen gesetzlichen Vorschriften, z. B. aus § 826 BGB., zu begründen sei"[87]).

---

85) RGSt 65, 1; RGZ 151, 159.

86) RG. JW. 36, 930, 19 = RGSt. 70, 94; JW. 36, 1673 II = RGSt 70. 173.

87) So auch RG SeuffA 61 Nr. 38, S. 68, HRR 1929, Nr. 96.

Der Wortlaut des § 826 BGB. besagt: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet." Hier wird also entgegen dem § 823 BGB. nicht die Verletzung eines subjektiven Rechtes vorausgesetzt, sondern es muß eine Schadenszufügung erfolgt sein „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise"[88]). Unsittlich ist dasjenige, was gegen das Höhere der Gemeinschaft des Volkes verstößt und dem redlichen Verkehr und sittlichen Verhalten zuwiderläuft.

Deshalb läßt sich der § 826 BGB. mit der gewandelten Rechtsüberzeugung gut in Einklang bringen. Diese Vorschrift stellt die Sittenüberzeugung in den Mittelpunkt. Wandelt sich die Auffassung von der Sitte im Volk, so ändert sich auch die daraus resultierende Rechtspflicht. **Denn der § 826 BGB. ist einer der wenigen Fälle in unserem geltenden Gesetz, in dem Sitte und Recht stets im Einklang stehen.** Mithin ist eine Handlung sittenwidrig, die dem zuwiderläuft, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen unter den gegebenen Verhältnissen geboten erscheinen müßte[89]).

Obgleich der objektive Tatbestand des § 826 BGB. bei jeder Verletzung der ehelichen Pflicht als erfüllt gelten kann, muß dieser Vorschrift in der Praxis doch meist der Erfolg versagt bleiben mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestandes[90]). Der pflichtverletzende Ehegatte wird in der Mehrzahl der Fälle nicht den Vorsatz der Schadenszufügung haben, auch der **dolus eventualis** wird fehlen. (Völlige Verkennung des **dolus eventualis** findet sich bei Steffent S. 13, der behauptet, daß „naturgemäß nicht etwa das Bewußtsein genügen kann, es werde möglicherweise ein Schaden eintreten können, sondern das Bewußtsein erforderlich sein muß, es wird ein Schaden eintreten." Magis führt zu Recht aus, daß d a s gerade das Merkmal des **dolus directus** ist). Gelingt aber die Feststellung, daß der Ehegatte sich der Möglichkeit der Schädigung des anderen Ehegatten bewußt gewesen ist und das in Kauf genommen hat, so genügt das natürlich zur Annahme der Haftung aus § 826 BGB.

In einer grundlegenden Entscheidung ist dieser Rechtssatz nochmals niedergelegt worden. Es stand folgender Fall zur Erörterung: Der Kläger war mit der Frau seit dem Jahre 1919 verheiratet. Im Jahre 1924 reist die Frau mit dem Beklagten heimlich ab. Ihr Mann, ein Theater-Direktor, nahm einen Detektiv, um den Aufenthalts-

88) Enneccerus-Lehmann §§ 226 ff.
89) RGRK zu § 826, 1.
90) Magis, a. a. O. S. 32.

ort der Frau zu erfahren. Nunmehr verlangt der Kläger Erstattung der Kosten vom Beklagten als Urheber der Flucht.

In der Urteilsbegründung führt der Senat aus: Die Frau habe ihm vorsätzlich Schaden zugefügt, denn sie habe erkannt, daß ihr Mann Nachforschungen anstellen würde, die naturgemäß mit Kosten verbunden gewesen seien, sie habe auch gewußt, daß der Kläger sie zurückholen werde ... daß die Flucht der Ehefrau des Klägers und die vom Beklagten geleistete Unterstützung, ..., einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von § 826 BGB. bedeute, bedarf keiner näheren Erörterung. Aber nicht jede sittenwidrige Handlung begründet ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch.... Es muß einerseits durch die sittenwidrige Handlung einem anderen ein Schaden entstanden sein. Andererseits muß der Vorsatz des Handelnden auf die Schadenszufügung gerichtet gewesen sein. Zur Annahme eines derartigen Vorsatzes ... genügt schon das Bewußtsein, daß seine Handlungsweise geeignet ist, einem andern Schaden zuzufügen, sowie, daß er diese Möglichkeit in seinen Willen aufgenommen und sie für den Fall ihres Eintritts gebilligt hat, es sei denn, daß ... diese so entfernt lagen, die der Handelnde nicht in den Kreis seiner Vorstellung aufgenommen hat.

4. Umfang der Haftung.

Es hat sich nunmehr herausgestellt, daß eine Ersatzpflicht des ungetreuen Ehegatten nur nach § 826 BGB. bestehen kann. Es bleibt nun noch zu prüfen, in welchem Umfang die Haftung besteht.

Von vornherein auszuschalten ist der Fall, daß das ehewidrige Verhalten ohne vermögensrechtliche Folgen geblieben ist. Gleichfalls ist ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. auszuschalten, der die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 249 BGB. zum Ziele hat. Denn der gleiche Zweck läßt sich mit dem besonderen Eheprozeß auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens erreichen. Dieser Prozeß gilt als Spezialregelung und ist als solcher von der Rechtsprechung anerkannt worden[91]).

Gegen diesen Standpunkt wendet sich Magis[92]), allerdings in anderem Zusammenhang. Er will den Nachweis erbringen, daß dem Anspruch aus § 276 BGB., den er bei Ehepflichtverletzungen geben will, die Entscheidung nicht entgegenstehe. Für diese Arbeit ist es aber bedeutungslos, ob Magis diese Beweisführung gelungen ist. Jedenfalls handelt es sich hier um einen anderen Zusammenhang. Magis bekämpft die Gründe des RG., um den Anspruch auf Ersatz

91) RGZ 71, 89 HRR 1929 Nr. 96.

92) Magis, a. a. O. S. 42.

von Vermögensschäden begründen zu können. Hier handelt es sich um die abweichende Frage, ob eine Schadensersatzklage gegeben werden kann, die das gleiche Ziel wie die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgt. Das muß aber aus drei Gründen verneint werden.

1. Bei gleichem Tatbestand und gleichem Anspruchsziel muß der Eheprozeß als Spezialregelung gelten.

2. Trifft man eine andere Entscheidung, so würde man über den Schadensersatzanspruch das Verlangen der Wiederherstellung vollstreckbar machen und so den § 888 Abs. 2 ZPO. umgehen.

3. Gegen die Zulassung der Schadensersatzklage spricht ferner, daß der § 249 BGB. nur dann eingreift, wenn ein Schaden auf vermögensrechtlichem Gebiet vorliegt. Das entspricht auch der geltenden und anerkannten Definition des Schadensbegriffes: Schaden ist die infolge eines bestimmten Ereignisses eingetretene Schmälerung einer Rechtslage gegen den Willen einer Person, die ohne die schädigende Handlung nicht eingetreten wäre. Der Regelfall des Vermögensschadens setzt die Beeinträchtigung eines wirtschaftlichen Gutes voraus[93]). Diese Begriffsbestimmung kann aber nach den früheren Ausführungen über das Wesen der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft diese nicht treffen.

Die in der Rechtslehre und der Rechtsprechung genannten Fälle bezüglich des Ersatzes von Vermögensschäden werden schon aus dem Grunde teilweise eine abweichende Lösung erfahren müssen, weil nur die Schäden gemäß § 826 BGB. ersatzpflichtig machen, die vorsätzlich herbeigeführt wurden.

Das gilt zunächst für den von Zeiler[94]) und Horchler[95]) vorgelegten Fall, wo der Mann nach erfolgter Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes von der Frau Ersatz der dadurch entstandenen Prozeßkosten verlangt. Nach unserer Auffassung ist es hier schwer vorstellbar, daß die Ehefrau beim Ehebruch daran gedacht hat, daß ihr Ehemann im Falle der Geburt eines Kindes durch Anfechtung der Ehelichkeit Schaden haben könnte. Strupp kommt zu dem gleichen Ergebnis, aber mit der unrichtigen Begründung, daß die Kausalität durch Erhebung der Anfechtungsklage unterbrochen sei[96]). Es fehlt hier ganz einfach der Vorsatz, der eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 826 BGB. ist.

Diese Begründung trifft auch auf die von Zeiler[97]) mitgeteilten

---

93) RGRK vor § 249, Warneyer 08 Nr. 58; J.W. 1910, 434, 4; Staudinger vor § 249; Planck zu § 249.

94) a. a. O. Spalte 414.

95) a. a. O. S. 431.

96) Strupp S. 49.

97) a. a. O. Spalte 416.

Fälle zu. Sie erhalten auf dem angezeigten Weg die von ihm angestrebte richtige Lösung unter einer einwandfreien juristischen Begründung[98]).

Im ersten Fall verlangt der Mann von der Ehefrau Ersatz der gemäß § 1360 BGB. aufgewendeten Kosten der Entbindung für die Geburt des unehelichen Kindes, und im zweiten Ersatz der gleichfalls gemäß § 1360 BGB. verauslagten Beträge zur Heilung der Geschlechtskrankheit, die sich die Frau beim Ehebruch zugezogen hatte.

Auch in diesen beiden Fällen ist kaum anzunehmen, daß die Frau beim Ehebruch daran gedacht hat, daß ihr Ehemann evtl. Entbindungskosten aufbringen müßte. Auf der gleichen Basis steht das zweite Beispiel. Es fehlt beide Male der Vorsatz, ebenso wie der **dolus eventualis**, der bei § 826 BGB. nach den obigen Ausführungen für die Anwendbarkeit zumindest nötig ist.

Die Infektion des anderen Ehegatten mit einer beim Ehebruch zugezogenen Geschlechtskrankheit fällt ebenfalls nicht unter § 826 BGB, wenn der Ehebrecher noch keine Kenntnis von der Krankheit hatte. In diesen Fällen greift aber unter Umständen die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB. ein[99]). Dort genügt schon Fahrlässigkeit.

Eine Ersatzpflicht nach § 826 BGB. kann auch nicht eintreten in den Fällen, wo durch den Ehebruch oder sonstige ehewidrige Verhalten eine Nervenkrankheit des anderen Ehegatten hervorgerufen wurde. Denn es läßt sich ein auf diesen Erfolg abzielender Vorsatz kaum feststellen. Doch kann auch hier der § 823 Abs. 1 BGB. unter dem Gesichtspunkt der Gesundheitsverletzung eingreifen, sofern der pflichtwidrige Ehegatte diesen Erfolg fahrlässigerweise nicht als möglich angenommen oder erwartet hatte, daß dieser Fall nicht eintreten werde.

Wird durch das ehewidrige Verhalten des einen Ehegatten ein Amts- oder Stellungsverlust herbeigeführt, so dürfte der Ehebrecher nur dann schadensersatzpflichtig werden, wenn er diese Folge vorausgesehen und sie in Kauf genommen hat — also den **dolus eventualis** gehabt hat — oder diesen Erfolg hat herbeiführen wollen, was aber praktisch nicht in Frage kommen kann[100]).

Schwierigkeiten können allerdings Fälle machen, in denen Ersatz von Schäden verlangt wird, die erst nach der Ehescheidung eintreten. Hierher rechnen die von Magis[101]) genannten Fälle, z. B. der Fall, ob ein unbegüterter Mann von seiner wohlhabenden, aber

98) vergl. auch Magis S. 65 Abs. 4.

99) Vergl. die früheren Ausführungen zu diesem Fall Seite 53.

100) Vergl. dazu auch HRR 1929, Nr. 96.

101) a. a. O. S. 66 ff.

pflichtvergessenen Ehefrau Ersatz dafür verlangen könne, daß ihm nach der Ehescheidung die aus dem Eingebrachten gezogenen Nutzungen entgehen. Oder der umgekehrte Fall, ob eine unbegüterte Frau dafür Schadensersatz verlangen kann, daß sie nicht mehr die wirtschaftlichen Vorteile der Ehe hat.

Derartige Fragen sind allerdings in der Praxis kaum zu erwarten, weil auch hier regelmäßig der Vorsatz auf Anrichtung dieses Schadens fehlen wird. Die von Magis gegebene Lösung ist klar und verdient Beifall. Der § 1578 BGB. läßt erkennen, daß der in ihm gegebene Unterhaltsanspruch für die schuldlos geschiedene Frau sonstige Schadensersatzansprüche für die Zeit nach der Scheidung ausschließt. Es handelt sich dabei um den Ausbruch eines allgemeinen Grundsatzes: „Alle diejenigen Vermögensvorteile, die dem Gatten auf Grund der Ehe nur im Interesse ihrer Aufrechterhaltung verliehen sind, fallen mit Auflösung der Ehe ersatzlos fort. Dieser Grundsatz kommt nicht nur zur Anwendung für die kraft Gesetzes bestehende günstigere Vermögenslage während der Ehe, sondern auch in den Fällen, wo durch Vertrag ein Vorteil nur im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe zugesichert worden ist"[102]).

Zu bemerken ist allerdings, daß in den Fällen vertraglich für die Zeit der Ehe versprochener Vorteile bereits die Anwendung des § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. zum gleichen Ergebnis führt.

Zweiter Teil.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten.

I. Der Schadensersatzanspruch bei fehlendem Einverständnis des am Ehebruch oder ehewidrigen Verhalten beteiligten Ehegatten.

1. Die Herleitung des Anspruches aus den §§ 823 Abs. 1 und 2 BGB.

In diesen Kreis gehören alle die Fälle der Notzucht, des außerehelichen Beischlafes unter Anwendung von Betäubungsmitteln und dergl. Es handelt sich also um die strafrechtlich zu erfassenden Tatbestände ehewidrigen Verhaltens[1]). Hierher gehören regelmäßig die unmittelbar gegen den angegriffenen Ehegatten gerichteten Verstöße. Es sind Delikte, die gegen § 823 Abs. 1 BGB. wegen Körper- und Gesundheitsverletzung verstoßen, sowie auch gegen § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit einem verletzten Straf-

102) Magis, a. a. O. S. 68.

1) Vergl. Zeiler, a. a. O.

gesetz. Der Dritte ist in diesen Fällen grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet, aber nur unmittelbar dem verletzten Ehegatten, regelmäßig also der Frau gegenüber[2]). Zwar kann der Ehemann diese Ansprüche gemäß den Bestimmungen des § 1380 BGB. im eigenen Namen geltend machen. Möglicherweise ist aber auch der Ehemann selbst geschädigt, wenn durch diese Handlung die Mitarbeit der Frau im Erwerbsgeschäft des Mannes fortfällt und eine Ersatzkraft genommen werden muß[3]).

Nach den Entscheidungen des RG — abgedruckt im 70. Bd. Strafrechtsammlung[4]) Seite 94 ff. und S. 173 ff. — liegt in jedem ehewidrigen Verkehr des Dritten mit der Frau eine Beleidigung des Mannes gemäß den §§ 185 ff. StGB. Hierdurch macht sich der Dritte auch aus diesem Gesichtspunkt heraus nach § 823 Abs. ? BGB. in Verbindung mit § 249 BGB. ersatzpflichtig, soweit daraus ursächlich Vermögensschäden entstehen.

2. § 826 BGB. als Haftungsgrundlage?

Weiterhin wird eine Haftung aus § 826 BGB. hergeleitet werden können, denn das Verhalten des Dritten ist stets sittenwidrig. Seine Haftung tritt aber nur dann ein, wenn er die Schädigung bewußt in Kauf nimmt, was beim Notzüchter regelmäßig zutreffen wird.

II. Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten bei vorliegendem Einverständnis des beteiligten Ehegatten.

1. § 823 Abs. 1 als Haftungsgrundlage?

Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 scheidet nach den früheren Untersuchungen aus, weil das Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft kein absolutes Recht ist[5]).

2. § 823 Abs. 2 BGB. als Haftungsgrundlage?

Als Anspruchsgrundlage gegen den Dritten kommt aber § 823 Abs. 2 BGB. in Betracht. Zwar stützt sich diese Grundlage nach den früheren Ausführungen nicht auf eine Verbindung mit den §§ 1565 ff. BGB. oder 172 StGB., wohl aber auf Verbindung mit § 185 StGB.

---

2) RGRK § 1556 Anm.

3) Vergl. RGRK zu § 1356; RGZ 63, 195; 64, 323; 85, 82; 90, 65.

4) Vergl. GA Bd. 49, 324; 63, 469; RGSt 65, 1; OLG Dresden Sächs. RsprAch. 1913, 448.

5) Vergl. auch S. 32 dieser Arbeit.

Voraussetzung ist Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestandes des § 185 StGB., der allerdings im Falle des Ehebruches von der Sondervorschrift des § 172 StGB. verdrängt wird. Weiterhin kann eine Haftung des Dritten für Schäden eintreten, die ursächlich aus der Ehrverletzung erwachsen, z. B. wenn durch das eheverletzende Verhalten des Dritten die Ehre des Mannes so geschmälert wird, daß er Vermögensschaden erleidet. Allerdings sind solche Fälle kaum denkbar. Die Disziplinierung oder Versetzung eines Beamten erfolgt z. B. im Falle des Ehebruches der Frau mit einem Dritten nicht wegen der Beleidigung seitens des Dritten, sondern wegen des Verhaltens der Frau, die sich nicht ihrer Lebensstellung entsprechend verhalten und so den Ruf ihres Mannes geschmälert hat. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt.

Der Beamte selbst hat die Verpflichtung, sein Verhalten außer dem Amte so einzurichten, daß die Achtung und das Vertrauen, die sein Beruf erfordert, nicht gefährdet wird. Vor allem soll er ein vorbildliches Familienleben führen und nie die Ehre seines Berufsstandes vergessen.

„Dem Beamten liegt neben der Pflicht zum eigenen vorbildlichen Lebenswandel nicht auch absolut die Verpflichtung ob, dafür einzustehen, daß auch durch den Wandel seiner Familienangehörigen seine Ehre und sein Ruf nicht beeinträchtigt werden. Nur soweit ihn selbst, etwa durch Vernachlässigung der Aufsicht, Unterlassung energischen Einschreitens gegen Verschwendung, unsittlichen Lebenswandel der Frau ein Verschulden trifft, macht er sich strafbar"[6]).

3. § 826 BGB. als Haftungsgrundlage?

Der Anspruch aus § 826 BGB. ist bei vorsätzlichen Schadenszufügungen gegen den Dritten stets gegeben. Das RG. hat seine Stellung zu dieser Frage in einer schon weiter oben erwähnten Entscheidung[7]) klar zum Ausdruck gebracht. Im genannten Fall war erwiesen, daß die Frau (die Beklagte) die Entstehung eines Schadens als solchen überhaupt bei Vornahme ihrer Flucht erkannte. Der Senat führt dann weiterhin aus: Der Dritte (Beklagte) hat der Ehefrau bei ihrer Handlungsweise mit Rat und Tat zur Seite gestanden, sowie sie mit Geld unterstützt. Daraus ist die rechtliche Folgerung zu ziehen, daß der Beklagte als Mitschuldiger für den dem Kläger entstandenen Schaden einzustehen habe. Allerdings folgt seine Haftbarkeit nicht allein aus § 826 BGB., sondern aus

6) RDisH v. 22. 12. 13 u. v. 9. 1. 14 Schulze-Simons 238, 245; Brand, Pr. Dienststrafordnung S. 120.

7) HRR 1929 Nr. 96.

der Verbindung mit § 830 BGB. Das vorsätzliche Handeln des Beklagten in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit der Ehefrau des Klägers als der Hauptäterin zum Zweck der Herbeiführung und Unterstützung der von ihr vorgenommenen unerlaubten Handlung, stempelt ihn zu einem Gehilfen, der nach § 830 Abs. 2 BGB. einem Mittäter gleichsteht und wie dieser für den eingetretenen Schaden selbständig verantwortlich ist. Auch eine etwaige nur intellektuelle Mitwirkung würde ausreichen, um die Frage der Verantwortlichkeit zu bejahen[8]).

4. Einwendungen gegen die Haftung des Dritten.

Zweifel können bestehen, wenn dem Ehegatten der Vorsatz fehlte, der Dritte ihn aber besaß. Wiederholt wird die Ansicht vertreten, daß dann auch der Dritte nicht haftpflichtig sein könne und zwar mit Rücksicht auf ein gedachtes Aksessoriotätsprinzip[9]). Für die Richtigkeit dieser Ansicht haben sowohl das RG wie auch Mitteis und Wolff keine Begründung gegeben. Eine Nachprüfung dieser Ansicht ist jedoch nicht erforderlich, weil sie sich, wie aus RGZ. 72, 128 klar hervorgeht, auf andere Haftungsgründe als § 826 BGB. bezieht, während es sich hier gerade um die Haftung aus § 826 BGB. handelt.

Fehlt nun im Falle des § 826 BGB. einem Beteiligten, dem Dritten oder dem gemeinschaftlich handelnden Ehegatten der Vorsatz, so ist jede Handlung selbständig zu beurteilen, sodaß im einen Fall die Schadensersatzpflicht gegeben ist, im anderen nicht. In diesen Fällen darf allerdings nicht eine Billigung der Handlung in der Weise vorliegen, daß es von einem anderen „ausgeführt wird", also doch ein **dolus eventualis** vorliegt[10]).

Haben beide Täter im Einverständnis gehandelt, so haften sie nach den Grundsätzen der §§ 830 und 840 BGB. als Gesamtschuldner.

Faßt man die gewonnenen Erkenntnisse der vorstehenden Ausführungen zusammen, so erhält man folgendes Ergebnis:

Der pflichtvergessene Ehegatte wie der Dritte können nur nach § 826 BGB. ersatzpflichtig gemacht werden. Dieses Ergebnis stimmt völlig mit der deutschen Auffassung der Ehe als einer sittlichen Zielen dienenden Gemeinschaft überein, die es un-

8) RGRK § 830.

9) Mitteis. Reichsger. Prax. III S. 202. Wolff. Familienrecht § 51 Anm. 9 RGZ 72, 128.

10) RGRK § 830, RG. JW. 09, 416, 15.

tragbar erscheinen läßt, als Folge des Ehebruches oder sonstigen ehewidrigen Verhaltens ohne weiteres Ansprüche auf Schadensersatz zu geben. Eine Ausnahme kann es nur geben, wenn zugleich sittenwidrige und vorsätzliche Schädigung erstrebt wird. Dann aber greift § 826 BGB ein.

B. Die Ansprüche auf Unterlassung.

Erster Teil.

Der Unterlassungsanspruch gegen den Ehegatten.

I. Die möglichen rechtlichen Grundlagen des Unterlassungsanspruches.

Die Erkenntnis, daß die Rechtsordnung nicht tatenlos abwarten darf, bis ein rechtswidriger Eingriff in einen fremden Rechtskreis Schaden gestiftet habe, daß vielmehr schon vorbeugend eingegriffen werden müsse, ist im bürgerlichen Recht schon frühzeitig aufgetaucht. Das BGB. selbst kennt abwehrende Unterlassungsklagen (z. B. §§ 12, 862, 1004 BGB.). Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entgegenkommend, hat die Praxis durch entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen die vorbeugende Unterlassungsklage ausgebildet. Der Gedanke, der dieser Praxis zugrunde liegt, daß die Gefahr der Wiederholung eines geschehenen Rechtsbruches ein rechtzeitiges Eingreifen zur Schadensverhütung erfordert, kann besondere Geltung im nationalsozialistischen Staat beanspruchen. Seine Grundeinstellung, möglichst frühzeitig gegen Rechtsbrüche einzugreifen, zeigt sich besonders deutlich bei der Strafrechtsreform, bei der immer wieder der Gedanke betont worden ist, daß der Staat möglichst frühzeitig und vorbeugend eingreifen solle[11]).

Auch auf dem Gebiete des persönlichen Eherechtes machte sich schon vor Jahrzehnten das Bestreben geltend, für die Aufrechterhaltung der Ehe schärfere Mittel zu finden, als es die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens ist. Denn infolge der mangelnden Vollstreckbarkeit des Herstellungsurteils (§ 888 Abs. 2 ZPO.) ist sie im wesentlichen nur von moralischer Bedeutung. Auch hier schien die vorbeugende Unterlassungsklage das geeignete Mittel zu sein. Die Praxis, insbesondere das RG, hat sich jedoch gegenüber diesen Bestrebungen stets, und auch in jüngster Zeit, ablehnend verhalten und Klagen auf Unterlassung wegen Ehebruchs oder sonstigen eheverletzenden Verhaltens für unzulässig er-

11) Vergl. Preuß. Denkschr. u. Freisler. Das kommende dt. Strafr. Allgem. Teil S. 21 ff.

achtet[12]). Im Schrifttum hat diese Rechtsprechung überwiegend Zustimmung gefunden[13]), wenn auch teilweise mit abweichender Begründung. Allerdings fehlt es nicht an ablehnender Stellungnahme wie z. B. bei Strupp, Magis, Goldschmidt[14]). Auch in neuester Zeit wird darauf hingewiesen, daß es im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe wünschenswert sei, die Unterlassung des weiteren Verkehrs zwischen dem Ehegatten und seiner Geliebten rechtlich erzwingbar zu machen.

Strafrechtlicher Schutz wurde der Ehe zwar bis jetzt zuteil. Aber die Praxis hat bewiesen, daß damit ein wirksamer Schutz der Ehe bezüglich der Aufrechterhaltung der Ehe nicht erreicht werden kann. Ein wirksamer Schutz kann nur im Rahmen des Eherechtes Erfolg haben.

Eine Unterlassungsklage würde weniger die inneren Angelegenheiten der Ehe berühren, als vielmehr gerade die ehezerstörende Handlung eines außenstehenden Dritten. Dieser Umstand spricht für die Zulassung der Unterlassungsklage. **Da die Ehe im heutigen Staat keine Privatangelegenheit ist, sondern in starkem Maße eine solche der Volksgemeinschaft, des Staates,** müssen alle erforderlichen Hilfsmittel angewandt werden, um der Ehe einen wirklichen Schutz zukommen zu lassen. Es widerspricht dem Geiste unseres Rechts, solchen Schutz aus reinen prozessualen Gründen abzulehnen, aus Erwägungen, die nicht einmal voll durchgreifen[15]).

Die Erörterung soll sich deshalb darauf erstrecken, ob die Stellungnahme des RG., insbesondere in seiner grundlegenden neuesten Entscheidung RGZ. 151, 159 = JW. 36, S. 2131 Billigung verdient.

Die Klage auf Unterlassung ist kein einheitliches Gebilde. Es gibt derer drei Arten:

1. Die abwehrende Klage aus absolutem Recht,
2. die Unterlassungsklage auf Wiederherstellung,
3. die vorbeugende Unterlassungsklage,

die als allgemeine Klagen Geltung haben. Für das persönliche Eherecht besteht daneben gegebenenfalls die Möglichkeit, den Unter-

12) RGZ 71, 85; 151, 159.

13) Staudinger IV S. 173; Goldmann-Lilienthal S. 61 Anm. 2; Mitteis RG. Praxis III S. 201; Wolff § 31 Anm. 9; 40; 45; Hellwig, System d. Zivilprozeßrechtes I. 271. RGRK § 1353. 2; Goldmann-Lilienthal S. 61 Anm. 7.

14) a. a. O. § 115, S. 430.

15) Mößner JW. 36, 2133 Anm.; Herm. Auert, a. a. O. NS-Frauenw. Die Rechtsstellung der Frau im künftigen deutschen Eherecht, a. a. O. H. 21.

lassungsanspruch aus der Grundvorschrift des § 1353 BGB. herzuleiten. Da diese familienrechtliche Bestimmung die speziellere ist und die allgemeinen Behelfe ausschließen kann, ist die Möglichkeit der Unterlassungsklage aus § 1353 BGB. zunächst zu prüfen.

II. Der Unterlassungsanspruch als Herstellungsanspruch.

Die Frage, ob § 1353 BGB. die Grundlage für diesen Anspruch abgeben kann, ist in der bisher maßgeblichen Entscheidung RGZ. 71, 85 übergangen worden. In der neuen Entscheidung RGZ. 151, 159 hat das RG. die Frage geprüft und ist zur Ablehnung gelangt. Zur Befestigung seiner Ansicht, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht mit dem Antrage auf Unterlassung ehewidrigen Verhaltens erhoben werden könne, führt es zwei Gründe an.

1. Mit der Herstellungsklage könne nur die Verurteilung zu einer positiven Handlung verfolgt werden (Argument § 888 Abs. 2 ZPO.).

2. Diese Ansicht stimme mit der bisherigen Rechtsprechung zur Herstellungsklage überein[16]).

Was zunächst den Punkt 2 anbelangt, so befindet sich das RG in einem Irrtum; es hat übersehen, daß der frühere VI. Senat in der grundlegenden Entscheidung RGZ. 97, 286 dem Anspruch der Ehefrau auf Unterlassung des Verschließens der zur Führung des Haushaltes benötigten Gegenstände stattgegeben hat. Dies ist auch im Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1353 BGB. in der 7. Auflage noch ausdrücklich hervorgehoben gewesen. Erst in der 8. Auflage ist der entsprechende Vermerk in Fortfall gekommen. Damit befindet sich das RG. im Gegensatz zu der Entscheidung RGZ. 97, 286. Die neue Entscheidung kann aber auch im übrigen keine Billigung verdienen. Die Begründung zu 1) beruht zunächst auf einer Wortinterpretation, die nicht als zwingend angesehen werden kann. Es ist richtig, daß die Erwähnung der Herstellungsklage im § 888 Aus. 2 ZPO. darauf hinweist, daß es sich auch dort um eine Verurteilung zu einer H a n d l u n g dreht. Dies bedeutet aber nicht, daß das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens nur die Verurteilung zu einem Tun enthalten könne, durch welches die eheliche Lebensgemeinschaft hergestellt werden solle. Das Wesen der Herstellungsklage beruht darin, daß sie auf E r f ü l l u n g der persönlichen, aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgenden Pflicht geht[17]). Dementsprechend erfolgt auch die Verurteilung auf H e r-

16) RGZ 51, 182; 185; 59, 256; 95, 330, WarnR 12 Nr. 262; 15 Nr. 287, JW 10, 817 Nr. 38.

17) Vergl. Motive IV S. 104, 108, 109; Protokolle 2. Lesung Bd. 5, S. 99; RGZ 97, 286.

stellung des ehelichen Lebens, wobei es nach der Rechtsprechung des RG. nicht unbedingt erforderlich ist, daß Klageantrag und Urteilstenor die Richtung der Herstellung spezialisieren[18]). Es genügt, daß die genaue Bezeichnung des zur Herstellung erforderlichen Verhaltens in den Entscheidungsgründen erfolgt. Der Senat führt dazu, in RGZ. 51, 186 aus: „Ob die Urteilsformel dabei der eigentlichen Streitfrage hätte angepaßt werden müssen, oder ob die ... gewählte allgemeine Fassung an sich zu billigen sein möchte, kann dahingestellt bleiben, weil die Urteilsgründe klar erkennen lassen, welche Bedeutung und beschränktere Tragweite der getroffenen Entscheidung hat beigelegt werden sollen ...".

Diesen gleichen Gedanken hat das RG. auch in der Entscheidung RGZ. 97, 286 ff. nochmals festgehalten.

In beiden Fällen geht die Klage und das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens, und das ist **die Handlung**, zu der verurteilt wird. Denn das Schwergewicht der Verurteilung liegt — und darin unterscheidet sie sich von den gewöhnlichen Leistungsurteilen — in der Richtung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, nicht in der etwa spezialisiert ausgesprochenen Verurteilung zur Zahlung von Taschengeld oder ähnlichen Handlungen. Gleichgültig ist, ob dann die Herstellung durch ein Tun oder eine Unterlassung zu erfolgen hat, in beiden Fällen liegt eine Verurteilung zur Wiederherstellung vor, d. h. zu einer Handlung, nämlich zu der, sein Verhalten so einzurichten, daß der Fortbestand der Ehe gewährleistet ist. Am klarsten kommt das in dem Standpunkt der Entscheidung RGZ. 51, 186 zum Ausdruck, wo einfach zur Herstellung verurteilt wird. Tritt man so der Auffassung bei, daß das Herstellungsverlangen stets als unter § 888 Abs. 2 ZPO. fallend anzusehen sei, dann kommt man auf diesem Wege auch den Bedürfnissen der Praxis am weitesten entgegen.

Vom Standpunkt RGZ. 151, 159 wäre die Herstellungsklage immer nur bei Pflichtverletzungen durch Unterlassung zulässig. Denn da die Klage nach dieser Entscheidung stets auf eine positive Handlung geht, setzt sie logisch eine Verletzung der ehelichen Gemeinschaftspflicht durch Unterlassung voraus, der allein durch ein Tun abgeholfen werden kann. Die mindestens ebenso wichtigen Fälle der Pflichtwidrigkeit durch positives Tun, denen nur durch das Verlangen der Unterlassung begegnet werden kann, würden also mit der Herstellungsklage nicht verfolgt werden können. Die Rechtsüberzeugung gebietet aber, die Herstellungsklage bei jeder Verletzung ehelicher Pflichten persönlicher Art, gleichviel, ob sie im Tun oder Unterlassen liegen, zu geben. Denn ein innerer Grund, im einen Falle die Herstellungsklage zu geben, sie aber im anderen,

18) RGZ. 97, 286.

nicht minder wichtigen, vielleicht sogar häufigeren Falle zu versagen, besteht nicht. Das kam stets deutlich in der Rechtsprechung zum Ausdruck[19]). Wenn das RG. jetzt in RGZ. 151, 159 aus dieser Rechtsprechung das Gegenteil herauslesen will, so setzt sich das RG. auch mit dieser Rechtsprechung in Gegensatz.

Faßt man die Herstellungsklage im Sinne der vorstehenden Ausführungen, gleichviel, ob im Einzelfall ein positives Tun oder eine Unterlassung von Handlungen verlangt wird, als eine auf eine Handlung gerichtete Klage auf, so zieht auch nicht der Hinweis des RG. auf § 890 ZPO. und die Möglichkeit der Umgehung der Absichten des Gesetzgebers. Eine Vollstreckbarkeit des Herstellungsurteils nach § 890 ZPO. kommt keinesfalls in Betracht, da auch im Falle der Verurteilung zur Herstellung durch Unterlassung nach dem Obengesagten in Wirklichkeit eine Verurteilung zur Handlung vorliegt. Es kann stets nur § 888 Abs. 2 ZPO. und nicht § 890 ZPO. Anwendung finden.

Diese Betrachtung führt zu dem **Ergebnis**, daß ein Anspruch auf Unterlassung von Ehebruch oder ehewidrigem Verhalten im Wege der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens mit einem dahin gerichteten Antrag gegen den Ehegatten verfolgt werden kann. Eine Vollstreckung findet aber, wie bei jedem Herstellungsurteil, nicht statt. Das Urteil hat im wesentlichen nur moralische Bedeutung[20]).

III. Sein Verhältnis zu den allgemeinen Unterlassungsansprüchen.

Die Frage, ob der Anspruch auf Unterlassung ehewidrigen Verhaltens auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines absoluten Rechtes[21]) oder der unerlaubten Handlungen gerechtfertigt sein kann, wird im allgemeinen verneint. Es würde sich dort um Unterlassungsklagen auf Wiederherstellung oder um vorbeugende Unterlassungsklagen handeln. Die Begründung dieses Standpunktes erfolgt allerdings in verschiedener Art und Weise. Die bisher maßgebliche Entscheidung[22]) stellte es auf das sittliche Wesen der Ehe ab und zog daraus die Folgerung, daß die Klage auf Unterlassung

19) RGZ 51, 185; 97, 286.

20) vgl. S. 99.

21) Enneccerus, I 2 a. a. O. § 465 I 1 Anm. 6; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 242 I 1 S. 817; Planck, a. a. O. § 242 I 1 S. 817; Planck, a. a. O. IV 2 zu § 823; Oertmann, a. a. O. Vorbem. 4 a zu § 823 RGRK zu § 823, 6 I; Magis, a. a. O. S. 77.

22) RGZ 71, 85.

nicht angängig sei, weil der ehetreue Ehegatte sein Verhalten so einzurichten habe, daß die Ehe bestehen könne. Wolle der Gatte die Ehe fortsetzen, so bleibe nur die Möglichkeit der gütlichen Einwirkung auf den anderen Ehegatten. Diese Begründung war, wie mehrfach in der Rechtslehre, wenn auch unter Billigung des gefundenen Ergebnisses, hervorgehoben worden ist, nicht überzeugend[23]), weil die Unterlassungsklage nicht ehegefährdend ist, sondern das entgegengesetzte Ziel verfolgt. Die Begründung des RG. war zudem auch deshalb fehlerhaft, weil das RG. sich nicht die naheliegende, logisch sich früher erhebende Frage gestellt hatte, ob sich der Unterlassungsanspruch nicht als Herstellungsanspruch rechtfertigen ließe. Weiterhin hätte es prüfen müssen, ob nicht die Herstellungsklage als Spezialregelung allgemeine Rechtsbehelfe, wie sie die Unterlassungsklagen aus Verletzung absoluter Rechte oder aus unerlaubter Handlung darstellen, ausschließt.

Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung, wie sie z. B. Magis in anerkennenswerter Weise vollzogen hat, erübrigt sich, weil das RG. in der neuen Entscheidung[24]) ausdrücklich von der Begründung in RGZ. 71, 85 abrückt und die Gründe dieser Entscheidung nur noch insoweit gelten lassen will, als dort ausgeführt ist, daß die gesetzliche Regelung des Verhältnisses der Ehegatten zueinander und der einschlägigen Verfahrensvorschriften auf den Willen des Gesetzgebers schließen lassen, die Klage auf Erfüllung der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgenden Pflichten nur in dem besonders geregelten, nicht erzwingbaren Verfahren des Eheprozesses stattfinden zu lassen.

Aus diesem Grunde hat die Auseinandersetzung jetzt mit den weiteren Gründen der Entscheidung RGZ. 151, 159 zu erfolgen. Anders als in der Entscheidung im 71. Bd. handelt es sich hier nicht nur um die Klage auf Unterlassung gegen den Dritten, sondern wie hier um die gegen den Ehegatten. Dem entspricht die Zweiteilung der Entscheidungsgründe. Das RG. begründet die Ablehnung der allgemeinen Unterlassungsklage damit:

„Steht aber dem durch ein ehebrecherisches Verhältnis des anderen Teiles verletzten Ehegatten nach dem deutlich ausgedrückten Willen des Gesetzgebers nur das besondere, sei es auf Scheidung, sei es auf Herstellung des ehelichen Lebens abzielende Eheverfahren offen, so ergibt sich daraus, daß der ehetreue Teil eine gewöhnliche Klage auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs auch nicht unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung erheben kann. Es bedarf daher nicht der Erörterung, ob der Ehebruch eines Ehegatten überhaupt als unerlaubte Handlung im

23) Vergl. RGRK § 1353. 2; Wolff § 31. 9; Magis, a. a. O. S. 104 f.
24) RGZ 151, 159.

Sinne der §§ 823 ff. BGB. anzusehen ist, und ob im Verhältnis der Ehegatten zueinander die Vorschrift des § 172 StGB. als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. in Frage kommt."

Dieser Wille des Gesetzgebers wird vom RG. in ausführlicher Weise im Anschluß an die Materialien des BGB. dargelegt.

In der ersten Lesung zum BGB. findet zuerst Erwähnung die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und wird dort ausdrücklich zugelassen. Das Verfahren für diese Klage ist aber der Zivilprozeßordnung vorbehalten worden. Die Motive sprechen von einer „Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten" und weisen ferner darauf hin, daß man bewußt nicht den Bestimmungen des Preußischen Rechtes folgte. Dort wurden alle streitigen Sachen dem Scheidungsverfahren unterworfen. Dies wollte man vermeiden, wenn auch in Ehesachen besondere verfahrensrechtliche Vorschriften angewendet werden sollten. Weiterhin nahm man davon Abstand, die Herstellung des ehelichen Lebens im Wege der Vollstreckung erzwingen zu wollen. Das widerspräche dem Wesen der Ehe als einem vorwiegend sittlichen, auf der ehelichen Gesinnung beruhenden Verhältnisse[25]).

Diese an sich logische Beweisführung des RG. hat nur den Fehler, daß sie **gegen nationalsozialistische Rechtsgrundsätze** verstößt, für die der Wille des liberalistischen Gesetzgebers des BGB. nicht bindend sein kann. **Der entscheidende Maßstab für die Auslegung der Gesetze, die vor dem 30. 1. 1933 erlassen sind, ist heute allein die nationalsozialistische Weltanschauung[26]). Die bestehenden vornationalsozialistischen Gesetze hat der Richter allerdings grundsätzlich anzuwenden,** wenn nicht eine ausdrückliche Aufhebung erfolgt ist. Ihre Auslegung hat aber nach nationalsozialistischen Grundsätzen zu erfolgen.

Die vom RG. aufgeworfene Frage ist also so zu stellen, ob es der heutigen Auffassung entspricht, daß die Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten nur in dem besonderen für Ehesachen in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Verfahren durchgeführt werden kann, indem die Erzwingbarkeit eines pflichtgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist. Das ist im Einklang mit dem Ergebnis der Entscheidung RGZ. 151, 159 zu bejahen, wenn auch die Gründe, von denen des RG. abweichen. Von dem Standpunkt aus, daß die „persönlichen Pflichten" der Ehegatten, von denen das RG. in herkömmlicher Weise spricht, in Wirklichkeit nur eine Pflicht, nämlich die zur Erhal-

25) Motive IV S. 108; Protokolle IV S. 99.

26) Fauser, a. a. O. S. 129 ff.; Eckhardt, a. a. O. S. 124 ff.; JW 36, 2488.

tung der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellen, muß jeder Pflichtverstoß eine Verletzung der Gemeinschaftspflicht sein, was zur Folge hat, daß der Richter bei jedem Pflichtverstoß stets die ganze eheliche Gemeinschaft zu beurteilen hat. Der dafür im Gesetz vorgesehene prozessuale Weg ist die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die sich als einzige für die Aufrechterhaltung der Ehe gegebene Klage mit dem gesamten Fragenkreis der ehelichen Gemeinschaft zu befassen hat. Diese Klage ist nach den früheren Darlegungen bei jeder Pflichtverletzung der Ehepflicht gegeben[27]) und rechtfertigt bei richtiger Auslegung einen Unterlassungsanspruch, der aber nicht erzwingbar ist. Neben dieser Regelung einen erzwingbaren Unterlassungsanspruch aus allgemeinen Grundsätzen zu geben, besteht keine Veranlassung. Die Ehe hat sittliche Aufgaben zu erfüllen. Bei der besonders persönlichen Art der ehelichen Gemeinschaft kann die Erfüllung der sittlichen Ziele noch weniger mit staatlichem Zwang erreicht werden, als sonst staatlicher Zwang die Überzeugung vom sittlichen Wert eines Zieles zu schaffen vermag. Außerdem kann eine Vollstreckung weitere als die bestehenden Zerwürfnisse unter den Ehegatten zur Folge haben und weiteren Zündstoff anhäufen. Diese Bedenken wurden auch von den Schöpfern des Gesetzes in Rechnung gestellt[28]). Es widerspricht dem Rechtsdenken und dem Rechtsgefühl des heutigen Menschen, daß der Staat zwangsweise in die sittliche Sphäre der Ehegatten eingreift. Statt einer Ausgleichung würde das Gegenteil erreicht werden[29]). Diesem Gedanken ist vom BGB. bei der aus § 1353 BGB. folgenden Herstellungsklage Rechnung getragen worden (§ 888 Abs. 2 ZPO.) und sie verdienen auch heute Anerkennung. Deshalb hat das RG. im Ergebnis mit Recht die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens als den einzigen Rechtsbehelf zur Aufrechterhaltung der Ehe angesehen, der als Sonderregelung die allgemeinen Klagen auf Unterlassung ausschließt.

IV. Der Unterlassungsanspruch wegen Namensmißbrauch.

In diesem Zusammenhang bedarf besonderer Erwähnung der Fall, daß der ungetreue Ehegatte seine Geliebte als seine Frau ausgibt oder in sonstiger Weise ihr den Namen seiner Ehefrau beilegt. Da die Ehefrau gemäß § 1355 BGB. den Familiennamen des Mannes erhält, besteht die Möglichkeit, daß ihr Namensrecht verletzt ist. Dabei erhebt sich die Frage, ob die Frau nach § 1353 BGB. oder nach § 12 BGB. gegen ihren Mann vorgehen kann.

---

27) Vergl. RGZ 97, 287.

28) Dernburg, Familienrecht I, 3; Nnneccerus II, 2 § 31 IV.

29) Marchtaler, a. a. O. S. 57 ff. u. 75 ff.

Diese Frage ist äußerst umstritten. In der Literatur will man fast durchweg der Frau den Schutz ihres Namensrechtes aus der Herstellungsklage zubilligen. Wie weit ist daneben aber die sogenannte Namensklage aus § 12 HBG. als zulässig anzusehen?[30])

Das RG. billigt der Frau[31]) zwar nicht stets die Klage aus § 12 HBG. zu, was Marchtaler entgangen ist, will aber ihre Zulässigkeit trotz der Möglichkeit des Vorgehens aus § 1353 BGB. grundsätzlich bejahen. Die Anwendbarkeit des § 12 BGB. hängt ganz von den konkreten Fällen ab.

Es erscheint richtig, die Klage aus § 12 BGB, falls deren Voraussetzungen vorliegen, neben der aus § 1353 zu geben, weil die Verletzung des Namensrechts der Ehefrau über die Bedeutung einer Ehepflichtsverletzung, wie überhaupt über den persönlichen Kreis der Ehe hinausgeht, weil stets eine Außenwirkung damit verbunden ist.

Damit muß auch die Frage, ob die Vollstreckbarkeit eines Urteils aus dieser Klage besteht, oder ob sie durch § 888 Abs. 2 ZPO. genommen ist, im ersteren Sinne entschieden werden. Bei Verneinen der Vollstreckbarkeitsmöglichkeit wäre die Zulassung der Klage aus § 12 BGB. gegen den Ehemann ohne Bedeutung. Es handelt sich hier nicht um eine ausgesprochene Ehesache, wie sie § 888 Abs. 2 ZPO. voraussetzt.

Zweiter Teil.

1. Der Unterlassungsanspruch wegen Ehebruchs.

a) Als abwehrender Anspruch aus absolutem Recht.

Das RG. prüft diesen Anspruch in seiner schon mehrfach erwähnten Entscheidung[32]) zunächst unter dem Gesichtspunkt der Abwehrklage gegen den Eingriff in ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Nach allgemeiner Ansicht rechtfertigt nämlich die Verletzung oder die Störung eines absoluten Rechtes im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. nicht nur einen Schadensersatzanspruch, sondern auch eine Klage auf Unterlassung. Dies wird in entsprechender Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. u. a. angenommen. Diese Klage auf Unterlassung weiterer Störungen ist eine ausgestaltete Eigentumsfreiheitsklage und setzt nur einen ob-

30) Vergl. Marchtaler, a. a. O. S. 104—06.
31) RGZ 108. 230.
32) RGZ 151. 159.

jektiv widerrechtlichen Eingriff in ein ausschließliches Recht voraus, gegebenenfalls, nur die ernstliche Vorbereitung einer Rechtsverletzung[33]). Das Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft wird vom RG. zwar als ein absolutes Recht angesehen[34]), trotzdem gelangt es aus später zu erörternden Gründen zur Ablehnung des Unterlassungsanspruches. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt die Unterlassungsklage wegen Verletzung eines absoluten Rechtes schon deshalb nicht in Betracht, weil das erwähnte Recht kein absolutes ist[35]).

b) Als Anspruch auf Wiederherstellung.

In Betracht kommt weiter der sogenannte Unterlassungsanspruch auf Wiederherstellung. Diese Klage wird gegeben, wenn eine unerlaubte Handlung sowohl der gegenständlichen (objektiven) wie der persönlichen (subjektiven) Seite nach vorliegt und der aus ihr entspringende Schaden nicht durch die einmalige Vornahme der Handlung abgeschlossen ist, sondern ein dauernd schädigender Zustand geschaffen worden ist, der nur durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt werden kann. Die Unterlassung bedeutet hier also Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB[36]). Es handelt sich in Wirklichkeit um einen Beseitigungsanspruch. Das Ziel dieses Anspruches ist die Zurücknahme noch fortdauernder Eingriffe[37]).

Diese Unterlassungsklage scheidet für den Fall ehebrecherischer Beziehungen aus. Zwar würde im Einzelfalle der gesamte Tatbestand des § 826 BGB. vorliegen können, aber das Ziel wäre weniger die Beseitigung störender Eingriffe, als vielmehr die Abwehr der Wiederholung. Das folgt daraus, daß der Ehebruch irreparabel ist, wie in RGZ. 72, 128 richtig hervorgehoben worden ist. Der gleiche Gesichtspunkt trifft auf sonstige ehewidrige Eingriffe Dritter zu.

c) Die vorbeugende Unterlassungsklae.

Bevor wir in die Prüfung der Frage eintreten, ist es nötig, den Begriff der vorbeugenden Unterlassungsklage klarzustellen. Die vom RG. aufgestellte und allgemein anerkannte Definition lautet:

---

33) Vergl. RGRK vor § 823, 6 I.

34) RGZ 151, 159.

35) Vergl. die Ausführungen S. 52.

36) RGZ 77, 218; 82, 59; 89, 130; 91, 265; RGRK Vorbem. zu § 823, 6 II.

37) RGRK a. a. O.

Zur vorbeugenden Unterlassungsklage berechtigt jeder auch nur objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Gut, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind.

Voraussetzung der Unterlassungsklage auf Grund einer unerlaubten Handlung ist erstens ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in den geschützten Rechtskreis und zweitens die Gefahr der Wiederholung der objektiv widerrechtlichen schädigenden Handlung, d. h. daß die Wahrscheinlichkeit besteht, daß der verletzende Eingriff wiederholt werde.

Bei Prüfung der Frage, inwieweit eine Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen zulässig sei, hat das RG. bis zur Entscheidung in RGZ. 116, 151 den Standpunkt festgehalten, daß diese Klage unzulässig sei, wenn der Sachverhalt zugleich den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, wenn nicht ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis — neben der Wiederholungsgefahr — nachgewiesen wird. Es sei nicht angängig, durch ein Urteil auf Unterlassung eine bereits durch ein Strafgesetz verbotene und unter Strafe gestellte Handlung nochmals zu verbieten und der Androhung der öffentlichen Strafe eine zivilrechtliche Strafandrohung hinzuzufügen. Es fehle in diesen Fällen fast regelmäßig am Rechtsschutzbedürfnis[38]).

Diese Rechtsprechung hat lebhaften Widerspruch erregt[39]). Mit seiner Entscheidung im 116. Bd. Seite 151 hat das RG. seinen bisherigen Standpunkt aufgegeben und die Unterlassungsklage neben dem bestehenden Strafrechtsschutz zugelassen. Somit kommt man zu dem Ergebnis, daß für die Unterlassungsklage nur die beiden weiter oben genannten Voraussetzungen vorhanden zu sein brauchen. Die seither zu dieser Frage ergangene Rechtsprechung ist schwankend[40]). Das RG. geht hier mit gutem Grund davon aus, daß im Gebiete des Eherechtes für eine allgemeine Unterlassungsklage kaum ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Aber selbst wenn man dies bejahen würde, wäre die vorbeugende Unterlassungsklage gegen den außenstehenden Ehebrecher nicht gegeben.

Da nach den Erörterungen des ersten Teils der § 823 Abs. 1 BGB. nicht verletzt ist und § 823 Abs. 2 BGB. nicht in Betracht kommt,

---

38) RGZ 77, 217; 82, 59; 88, 130; 91, 265 u. 350; 95, 273 u. 339; 98, 36.

39) Vergl. Staudinger II, 3 VII E 3 u. 4; Pltnck II, zu § 823 IV 2 c; Lesser, a. a. O. S. 115 ff.; Rosenthal, a. a. O. S. 25 ff.; JW 14, 1059 ff.; 1915, 299 ff.; 1918, 133 zu Nr. 7; Gruch. Beitr. Bd. 63, 722 ff.; Enneccerus § 465 I a. E.; Mayer i. Recht 1924 S. 433.

40) Mit RGZ 116, 151 übereinstimmend: RGZ 138, 219; JW 33, 1400, 16; unentschieden RGZ 124, 253; 128, 298; SuffA 84 Nr. 164 = JW 27, 24, 22; 32, 2706, 3609; RG Gruch. 72, 319 ablehnend für d. Familienr. RGZ 151, 159.

weil § 172 StGB. kein Schutzgesetz ist und weiter als **lex specialis** den § 185 StGB. ausschließt, soweit Ehebruch vorliegt, kommt überhaupt nur eine Verletzung des § 826 BGB. in Betracht. Während die vorbeugende Unterlassungsklage sonst nur einen objektiv rechtswidrigen Eingriff verlangt, muß für eine auf Verletzung des § 826 BGB. gerichtete Klage auch der subjektive Tatbestand dieser Vorschrift gegeben sein[41]). Dieser Standpunkt ist richtig.

Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit[42]) setzt eine Person der Mißachtung aus, was aber nur bei Verschulden gerechtfertigt ist, wie das RG. in einer neueren Entscheidung überzeugend dargelegt hat[43]): „Die Beteiligung an einem Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, behaftet nach gesundem Volksempfinden den Teil, der den Gewinn daraus ziehen will, mit einem Makel und setzt ihn der Mißachtung der redlichen Volksgenossen aus. Der Richter ... kann nur dann ... durch seinen Spruch jemanden der Mißachtung aussetzen, wenn dieser es wirklich verdient, wenn er sich schuldig gemacht hat". Diese Ausführungen treffen in gleicher Weise auf sonstige nichtrechtsgeschäftliche sittenwidrige Handlungen zu.

Kommen deshalb von vornherein nur die wenigen Fälle des Ehebruches mit gleichzeitigem Vorsatz der Schädigung des ehetreuen Teils in Betracht, so muß auch in diesen wenigen Fällen die Statthaftigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage verneint werden. Denn, wie das RG. zutreffend hervorhebt, würde eine Vollstreckung des Urteils nach § 890 ZPO. ein mittelbarer Zwang gegen den ehebrecherischen Teil sein, was vom Standpunkt des Gesetzes und der damit übereinstimmenden Rechtsüberzeugung abzulehnen ist[44]).

d) Die Klage gegen den Dritten auf Unterlassung sonstigen ehewidrigen Verhaltens.

Das RG. prüft diesen Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Unterlassungsklage zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Es stellt seine Prüfung dahin ab, ob nicht der Klägerin (der Ehefrau), abgesehen von der Unterlassung weiteren Geschlechtsverkehrs, ein Unterlassungsanspruch mit Rücksicht darauf zuzusprechen ist, daß das Verhalten der Beklagten (der außenstehenden Ehe-

41) Vergl. RGRK vor § 823, 6 III b a. E. gegenteiliger Meinung ist Magis, a. a. O. S. 83 — RGZ 91, 350 Warn. 1918 Nr. 95.

42) Vergl. Motive II S. 727.

43) RGZ 150, 1 ff.

44) Vergl. auch RGZ 151, 159.

brecherin) zugleich eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB. ist. Die Beklagte lebt mit dem Ehemann der Klägerin zusammen und läßt sich als dessen Ehefrau ausgeben. Das Vorliegen einer unerlaubten Handlung kann keinem Zweifel unterliegen, und somit ließe sich vielleicht bei Wiederholungsgefahr dieses die Frauenehre verletzenden Verhaltens, ein Anspruch auf Unterlassung herleiten im Sinne der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Der Ehebruch enthält in dem vorliegenden Fall zugleich eine Beleidigung. Eine Bestrafung der beiden kann nach § 172 StGB. nicht erfolgen. Trotzdem wird die Vorschrift des § 185 StGB. nicht ausgeschlossen, da sich eine Ehrenkränkung des ehetreuen Gatten auch aus den gesamten Begleitumständen ergibt. Das RG. lehnt aber die Zivilklage auf Unterlassung, die mit einer Strafandrohung verbunden ist, wegen Fehlens des Rechtsschutzinteresses ab. Es führt im wesentlichen zur Begründung seiner Ansicht aus:

„Der verletzte Ehegatte habe wegen des Ehebruches und der zugleich daraus resultierenden Beleidigung einen absoluten Scheidungsgrund gemäß § 1565 BGB. als sichere Handhabe. Bei erfolgter Scheidung könne er gerichtliche Bestrafung verlangen. Wolle er von diesen Rechtsbehelfen keinen Gebrauch machen, so könne er auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen.

Ferner könne der treue Teil beim Vorhandensein der oben erörterten Voraussetzungen gegen den anderen auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft klagen und als letztes Mittel die Privatklage gegen den Ehegatten wie auch gegen den Dritten erheben. Somit sei dem Rechtsschutzbedürfnis des verletzten Ehegatten Genüge getan und aus diesem Gesichtspunkt heraus eine weitere zivilrechtliche Klage auf Unterlassung des ehebrecherischen Verhältnisses zu versagen.

Entgegen den Erwartungen, die man an die Entscheidungen im 116. und 138. Band sowie an die Ausführungen des Reichsgerichtsräte-Kommentars vor § 823, 6 III a. E. knüpfte, hat sich, wie die Entscheidung zeigt, die vorbeugende Unterlassungsklage neben einem bestehenden Strafschutz nicht völlig durchgesetzt, wenn auch der Senat seine Stellungnahme auf das Gebiet des Familienrechtes beschränkt hat.

Vom RG. wird also das Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses aus mehreren Gründen geleugnet. Zu diesen läßt sich folgendes sagen:

1. Die Möglichkeit, eine Bestrafung zu erreichen, hätte vom RG. nicht hervorgehoben werden sollen. Denn der § 172 StGB. gewährt keinen vorbeugenden Strafschutz während bestehender Ehe, da die Scheidung die Strafbarkeitsbedingung ist. Das Rechtsschutzbedürfnis kann aber nur dann geleugnet werden, wenn die angestrebte Wirkung des Unterlassungsanspruches, die Aufrecht-

erhaltung der Ehe, durch den Strafschutz erreicht werden kann, was hier nicht der Fall ist[45]).

Wegen des Fehlens ihres vorbeugenden, eheerhaltenden Charakters geht auch der Hinweis des RG. auf die Scheidungsklage und die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft fehl.

Vom Standpunkt der Entscheidung aus bleibt ferner unverständlich das Leugnen des Rechtsschutzbedürfnisses für die Unterlassungsklage mit Rücksicht auf die Möglichkeit, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegen die ungetreuen Ehegatten zu erheben. Das RG. hat gerade diese Möglichkeit eingangs der Entscheidung ausdrücklich abgelehnt, weil das Herstellungsverlangen nicht in Form eines Unterlassungsanspruches geltend gemacht werden kann. Daß aber das Herstellungsverlangen bei positiven Verstößen gegen die ehelichen Pflichten, wie sie Gegenstand dieser Entscheidung waren, auf ein Handeln gehen sollen, ist unmöglich, da dort logisch nur ein Unterlassen der Verstöße zur Herstellung führen konnte. Wenn das RG. also bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses doch von der Zulässigkeit der Herstellungsklage ausgeht, so stellt es sich mit seinen vorhergehenden Ausführungen in Widerspruch, da es folgerichtig diese Klage nicht mehr hätte heranziehen dürfen. Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus ist die Herstellungsklage gegen den Ehegatten mit dem Antrage auf Unterlassung des ehewidrigen Verhaltens gegeben. Die Möglichkeit dieser Klage schließt das Rechtsschutzbedürfnis gegen den Dritten aus, denn vermag man auf den Ehegatten mit der Herstellungsklage einzuwirken, so hat ein Vorgehen gegen den Dritten zurückzustehen, weil der Ehegatte als Haupttäter erscheint und bei einem erfolgreichen Einwirken auf diesen das Vorgehen gegen den Dritten überflüssig ist. Verspricht die Herstellungsklage keinen Erfolg oder ist sie erfolglos durchgeführt, dann ist das Rechtsschutzbedürfnis für die vorbeugende Unterlassungsklage immer noch nicht gegeben, weil die Möglichkeit der Privatklage wegen Beleidigung besteht. Dieser Strafschutz wirkt vorbeugend und nimmt der Unterlassungsklage das Rechtsschutzbedürfnis.

Würde man dem Standpunkt der Entscheidung RGZ. 116, 157 beitreten und das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage trotz bestehendem Strafschutz bejahen, so würde sich am Ergebnis dieser Untersuchung nichts ändern. Die vorbeugende Unterlassungsklage könnte nicht zugelassen werden, weil eine Zulassung der Vollstreckung nach § 890 ZPO. wiederum die unzulässige Ausübung eines mittelbaren Zwanges gegen den Ehegatten bedeuten würde.

---

45) Vergl. auch Magis, a. a. O. S. 103.

2. Der Anspruch auf Unterlassung des Namensmißbrauches.

Ein anderer Fall, der noch Beachtung verdient, ist der Namensmißbrauch durch den Dritten. Insbesondere, wenn die Geliebte des Mannes sich als dessen Frau bezeichnet oder bezeichnen läßt, ist die Klage aus § 12 BGB. denkbar.

Der Gebrauch eines fremden Namens liegt allerdings nur dann vor, wenn jemand sich selbst den Namen beilegt oder ihn sonst in Verbindung mit sich bringt, nicht, wenn er mit dem Namen durch Dritte ohne sein Zutun bezeichnet wird. Ein Tun, das auf die Unterlassungsklage für die Zukunft untersagt werden soll, kann aber auch in einem widerspruchslosen Dulden der Benennung mit dem fremden Namen gefunden werden, wenn die Anwendung dieses Namens durch die Dritten mit einem sie dazu veranlassenden Verhalten des falsch Benannten selbst zusammenhängt. Solchenfalls ist der Anspruch der Ehefrau, daß der Geliebten des Mannes der Gebrauch des Namens ... unter Strafandrohung gemäß § 890 ZPO. untersagt werde, gemäß § 12 BGB. begründet[46]).

Schlußbetrachtung.

In der Begriffsbestimmung der Ehe, die der Familienrechtsausschuß der Akademie gibt, tritt u. a. ein wesentliches Merkmal der Ehe im völkischen Staat hervor. **„Die Ehe ist eine von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft."**

Dieser Gedanke ist auch die Grundlage der vorstehenden Arbeit. Sie bedeutet einen Versuch, das erörterte Thema unter strenger Beachtung dieses nationalsozialistischen Gedankengutes zu behandeln. Aus diesem Grunde ist auch auf alle alte und ältere Literatur nur soweit als erforderlich zurückgegriffen worden, da sie sich ausschließlich in den überwundenen Gedankengängen des Liberalismus bewegt. Dabei waren allerdings grundsätzlich die geltenden Gesetzesbestimmungen des BGB. zu beachten, aber ihre Auslegung hatte nach nationalsozialistischen Grundsätzen zu erfolgen.

Es hat sich denn auch gezeigt, daß auf diese Weise Ergebnisse erzielt werden, die in völligem Einklang zur heutigen Rechtsüberzeugung stehen.

---

46) Vergl. JW 30, 1722.

Im Mittelpunkt der nationalsozialistischen Weltanschauung steht das Volk. In der Erhaltung und Förderung des rassisch und geistig gesunden Volkes sieht der nationalsozialistische Staat seine große Aufgabe. Keimzelle der Sitte und des Volkes ist aber die Familie. Will der Staat diese Aufgabe zu einem guten Ende führen, so muß er eine Gesetzgebung schaffen, die der Familie den Lebensraum sichert, der ihr in einem gesunden Staatsgefüge zukommt. Es mus seine schönste und höchste Pflicht sein, die Ehe, das Fundament der Familie, mit dem Schutz zu umgeben, den sie beanspruchen kann und muß, um ihre gestellten Aufgaben erfüllen zu können.

Einen kleinen Baustein zu diesem kommenden Eherecht beizutragen, ist die Aufgabe, die sich der Verfasser dieser Arbeit gestellt hat.